

Ana Isabel Mendoza Losana

**LA OBLIGACIÓN DE INTERCONEXIÓN DE
REDES DE TELECOMUNICACIONES:
FUENTES, CONTENIDO Y RESOLUCIÓN
DE CONFLICTOS**

I.S.B.N. Ediciones de la UCLM
84-8427-397-0



Ediciones de la Universidad
de Castilla-La Mancha

Cuenca, 2005

**LA OBLIGACIÓN DE INTERCONEXIÓN
DE REDES DE TELECOMUNICACIONES:
FUENTES, CONTENIDO Y RESOLUCIÓN DE
CONFLICTOS.**

Ana I. Mendoza Losana
Anaisabel.Mendoza@uclm.es

Dirigida por el Prof. Dr. D. Luis Fernando Reglero Campos

A mis padres y hermanas.
A Raúl.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN.....	(i)
--------------------------	------------

CAPÍTULO I CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES

1. PROPÓSITO DE LA OBRA.....	1
2. SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN, LIBERALIZACIÓN Y CONTRATACIÓN EN EL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES.....	5
3. INFRAESTRUCTURAS, REDES Y SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES.....	9
4. OPERADORES Y USUARIOS DE TELECOMUNICACIONES..	15
4.1 Operadores de redes y servicios de telecomunicaciones.	15
4.2. Usuarios de telecomunicaciones.....	21
5. LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES.....	21
5.1. Creación, regulación y naturaleza.....	22
5.2. Estructura y composición.....	25
5.3. Funciones.....	25

CAPÍTULO II LA OBLIGACIÓN DE INTERCONEXIÓN

1. INTRODUCCIÓN: RELEVANCIA DE LA INTERCONEXIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	30
2. RÉGIMEN JURÍDICO-POSITIVO.....	33
3. CONCEPTO MATERIAL DE INTERCONEXIÓN.....	38
3.1. La definición del Anexo de la LGT.....	38
3.2. Interconexión y acceso a redes.....	47
A) Problemas de delimitación.....	47

B)	<i>Consecuencias jurídicas de la distinción/equiparación.....</i>	52
C)	<i>Propuesta de solución.....</i>	54
4.	EL CONCEPTO “OBLIGACIÓN DE INTERCONEXIÓN” Y SUS DIVERSAS ACEPCIONES.....	58
4.1.	Primera acepción: Deber genérico y abstracto de todos los operadores.....	59
4.2.	Segunda acepción: obligación de celebrar acuerdos de interconexión con cualquier operador que lo solicite.....	61
4.3.	Tercera acepción: obligación de negociar de buena fe acuerdos de interconexión.....	63
4.4.	Cuarta acepción: obligación nacida del acuerdo de interconexión o de la resolución de la CMT.....	67
A)	<i>Obligaciones legales de interconexión versus otras obligaciones contractuales o impuestas.....</i>	67
B)	<i>Obligaciones de Derecho privado y obligaciones de Derecho público.....</i>	70
C)	<i>Obligaciones de eficacia privada perfecta versus obligaciones de eficacia privada imperfecta.....</i>	70
4.5.	Quinta acepción: deber de soportar la reglamentación heterónoma impuesta por la CMT.....	72
5.	NATURALEZA Y FUENTES DE LA OBLIGACIÓN DE INTERCONEXIÓN.....	78
5.1.	La LGT como fuente mediata de la obligación de interconexión.....	78
A)	<i>La LGT no impone una obligación de celebrar acuerdos de interconexión.....</i>	78
B)	<i>Naturaleza del derecho subjetivo de interconexión.....</i>	81
B.1.	<i>Consideraciones generales.....</i>	81
B.2.	<i>Derecho abstracto.....</i>	83
B.3.	<i>Derecho privado potestativo.....</i>	86
B.4.	<i>Derecho obligacional o de prestación.....</i>	87
B.5.	<i>Derecho subjetivo reaccional.....</i>	88
B.6.	<i>Recapitulación.....</i>	89
C)	<i>Ineficacia jurídico-privada de las normas de interconexión.....</i>	90
C.1.	<i>Interés tutelado por la norma. La atribución del derecho subjetivo público a la interconexión como instrumento de tutela del interés general.....</i>	92
C.2.	<i>Inexistencia de una pretensión jurídico-privada de cumplimiento de la obligación legal de interconexión.....</i>	96

5.2.	El acuerdo de interconexión y la resolución de la CMT como fuentes inmediatas de la obligación de interconexión....	100
A)	<i>El Acuerdo de Interconexión.....</i>	101
B)	<i>La resolución de la CMT como acto administrativo de eficacia interprivada.....</i>	103
B.1.	<i>Contenido del acto administrativo.....</i>	104
B.2.	<i>Características de la relación jurídica constituida por el acto administrativo</i>	106
B.3	<i>Naturaleza jurídica y justificación constitucional de la intervención.....</i>	110
5.3.	Las normas de competencia como fuentes de la obligación de interconexión para el operador dominante.....	114
A)	<i>Operador dominante según el Derecho de las telecomunicaciones versus operador dominante según el Derecho de la competencia.....</i>	118
B)	<i>Operador dominante en el mercado de las telecomunicaciones desde la óptica del Derecho de la competencia.....</i>	125
B.1.	<i>Mercado relevante.....</i>	126
B.2.	<i>Posición de dominio.....</i>	131
C)	<i>La obligación de proveer interconexión del operador en posición de dominio.....</i>	134
C.1.	<i>La doctrina de las “essential facilities” y la prohibición de abuso de posición de dominio.....</i>	134
C.2.	<i>Interconexión y “essential facilities”.....</i>	139
a)	<i>Control de una instalación esencial.....</i>	139
b)	<i>Denegación injustificada. En particular, las resoluciones de la CMT limitativas de la obligación de interconexión como causas que justifican la denegación.....</i>	142
c)	<i>Perjuicio a la competencia en mercado considerado o en mercado secundario.....</i>	150
d)	<i>Efectos de la afirmación de una obligación de contratar.....</i>	154

CAPÍTULO III PECULIARIDADES DEL ACUERDO DE INTERCONEXIÓN

1.	RÉGIMEN JURÍDICO-POSITIVO DEL ACUERDO DE INTERCONEXIÓN.....	157
2.	EL ACUERDO DE INTERCONEXIÓN COMO CONTRATO DE DERECHO PRIVADO.....	161

2.1.	Concepto y características.....	161
2.2	Justificación de la naturaleza contractual del acuerdo de interconexión.....	165
A)	<i>Consideraciones previas.....</i>	165
B)	<i>El acuerdo de interconexión como acto. La libertad de celebrar acuerdos de interconexión.....</i>	170
	<i>B.1. Deber genérico de facilitar interconexión y libertad de contratar.....</i>	171
	<i>B.2. Actualización del deber genérico de facilitar interconexión por una resolución de la CMT y libertad de contratar.....</i>	173
	<i>B.3. Influencia del deber de facilitar interconexión en la formación del consentimiento contractual.....</i>	176
C)	<i>El acuerdo de interconexión como regla. La libertad de reglamentar autónomamente la relación de interconexión.....</i>	179
	<i>C.1. Elementos que integran la lex contractus.....</i>	179
	<i>a) Reglas procedentes de la autonomía de la voluntad de los operadores.....</i>	181
	<i>b) Los principios de interconexión. En particular, el principio de no discriminación.....</i>	181
	<i>c) Reglas generales emanadas de normas imperativas.....</i>	190
	<i>d) Reglas concretas impuestas en relación con un determinado acuerdo de interconexión.....</i>	192
	<i>C.2. Consecuencias de la integración de la lex contractus por reglas ajenas al sistema de Derecho privado.....</i>	196
D)	<i>Tutela de Derecho privado.....</i>	204
	<i>D.1. Doble tutela de las obligaciones nacidas del acuerdo de interconexión.....</i>	204
	<i>D.2. Remedios contractuales típicos.....</i>	206
	<i>D.3. Intervención del juez civil en la resolución de conflictos de interconexión.....</i>	207
2.3.	Naturaleza jurídica y régimen jurídico supletorio.....	208
3.	PECULIARIDADES DE LA NEGOCIACIÓN DEL ACUERDO GENERAL DE INTERCONEXIÓN	213

3.1. Introducción.....	213
3.2. Intervención de la CMT en el proceso de negociación.....	214
A) <i>Resolución de conflictos puntuales en la negociación de acuerdos viables.....</i>	217
A.1. <i>Objeto de la intervención.....</i>	217
A.2. <i>Inicio del procedimiento.....</i>	218
A.3. <i>Naturaleza jurídica.....</i>	221
A.4. <i>Resolución.....</i>	224
B) <i>Intervención en ausencia de interconexión: aplicación del artículo 22.3 LGT.....</i>	228
B.1. <i>Presupuestos de aplicación.....</i>	230
a) <i>Ausencia de interconexión efectiva.....</i>	232
b) <i>Agotamiento de las posibilidades de lograr un acuerdo.....</i>	233
c) <i>Interés público.....</i>	239
B.2. <i>Significación del plazo de negociación (art. 2.4 RIN).....</i>	241
B.3. <i>Inicio y desarrollo del procedimiento.....</i>	243
B.4. <i>Resolución del procedimiento.....</i>	244
3.3. La Oferta de Interconexión de Referencia (OIR).....	248
A) <i>Régimen jurídico-positivo de la OIR.....</i>	248
B) <i>Utilidad de la OIR.....</i>	252
C) <i>Naturaleza jurídica de la OIR.....</i>	255
C.1. <i>Naturaleza jurídico-privada de la OIR.....</i>	255
C.2. <i>Una cuestión problemática: la OIR como oferta contractual.....</i>	262
a) <i>Voluntad contractual del oferente.....</i>	266
b) <i>Carácter completo de la OIR.....</i>	271
c) <i>Situación de terceros destinatarios en relación con la OIR.....</i>	281
D) <i>Intervención de la CMT sobre la OIR: aprobación y modificación.....</i>	288
D.1. <i>Alcance y límites de la potestad de modificación de la propuesta de OIR.....</i>	289
D.2. <i>Posibilidad de la CMT de modificar la OIR</i>	

	<i>vigente.....</i>	293
D.3.	<i>Efectos de la modificación de la OIR sobre los AGI vigentes.....</i>	295
E)	<i>Valor vinculante de la OIR: autonomía privada y principio de no discriminación.....</i>	297
E.1.	<i>Valor vinculante de la OIR y posibilidad de modificación por mutuo acuerdo de los operadores.....</i>	297
E.2.	<i>Significación del principio de no discriminación en relación a los acuerdos de interconexión.....</i>	302
F)	<i>Revocabilidad de la OIR.....</i>	309

CAPITULO IV

RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS PRIVADOS DERIVADOS DE LA INTERCONEXIÓN DE REDES Y SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES.

1.	INTRODUCCIÓN: LA RELACIÓN DE INTERCONEXIÓN COMO RELACIÓN PRIVADA DE TRASCENDENCIA PÚBLICA. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO.....	316
2.	RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE INTERCONEXIÓN POR LA CMT.....	322
2.1	Función pública.....	323
A)	<i>Delimitación del objeto.....</i>	323
B)	<i>Naturaleza.....</i>	324
C)	<i>Límites.....</i>	334
D)	<i>Contenido.....</i>	337
D.1.	<i>Interpretación de la voluntad de los contratantes y definición del <i>modus de cumplimiento del contrato</i>.....</i>	338
D.2	<i>Imposición del deber de cumplimiento de las obligaciones contractuales.....</i>	339
D.3.	<i>Autorización de la suspensión de la conexión y/o de la desconexión de las redes.....</i>	339
E)	<i>Procedimiento. En particular, el acto que pone fin al procedimiento.....</i>	344
F)	<i>Problemas de coordinación entre CMT y juez civil.....</i>	346
2.2	Función arbitral.....	348

A)	<i>Regulación.....</i>	348
B)	<i>Naturaleza jurídica.....</i>	348
C)	<i>La sumisión a arbitraje.....</i>	351
D)	<i>Objeto.....</i>	352
	<i>D.1. Delimitación subjetiva.....</i>	352
	<i>D.2. Delimitación objetiva.....</i>	354
E)	<i>Tipo de arbitraje.....</i>	360
F)	<i>Los árbitros.....</i>	361
G)	<i>El procedimiento arbitral.....</i>	365
H)	<i>El Laudo.....</i>	368
3.	FUNCIONES DEL JUEZ CIVIL EN RELACIÓN A LA INTERCONEXIÓN DE REDES Y SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES.....	370
3.1.	Justificación de la intervención del juez civil. Insuficiente tutela de los intereses privados por la CMT.....	370
3.2.	Intervención del juez civil antes de la celebración del acuerdo de interconexión o de la emisión del acto administrativo que exige la interconexión efectiva.....	374
A)	<i>Acción de cumplimiento de la obligación de celebrar acuerdos de interconexión, en los supuestos en los que ésta exista. Resarcimiento de los daños derivados de su incumplimiento.....</i>	<i>375</i>
	<i>A.1. Precontrato.....</i>	<i>375</i>
	<i>A.2. Obligación de contratar derivada del Derecho de la competencia.....</i>	<i>380</i>
B)	<i>Acuerdos parciales y facultades de integración del contenido contractual.....</i>	<i>382</i>
C)	<i>Resarcimiento de daños por culpa in contrahendo.....</i>	<i>388</i>
3.3.	Atribuciones del juez civil sobre los acuerdos de interconexión y las resoluciones de la CMT en cuanto actos-fuentes de la obligación de interconexión.....	389
A)	<i>Nulidad de la Resolución de la CMT.....</i>	<i>390</i>
B)	<i>Nulidad del Acuerdo de Interconexión. Peculiaridades del control de validez de los acuerdos de interconexión.....</i>	<i>394</i>
	<i>B.1. En cuanto contrato negociado individualmente.....</i>	<i>397</i>
	<i>B.2. En cuanto contrato con condiciones generales de la contratación.....</i>	<i>402</i>
3.4.	Atribuciones del juez civil sobre la interpretación y ejecución del acuerdo de interconexión y de la resolución de la CMT, en cuanto reglas que regulan la relación jurídico-privada de interconexión.	

Límites a la aplicación del derecho privado.....	414
A) <i>Consideraciones generales.....</i>	414
B) <i>Doble relevancia del incumplimiento de obligaciones de interconexión.....</i>	416
C) <i>Cumplimiento e incumplimiento de obligaciones de interconexión. En particular, de la prestación de interconexión, en cuanto prestación compleja.....</i>	423
D) <i>Modalidades de incumplimiento de la prestación de interconexión.....</i>	425
E) <i>Consecuencias civiles del incumplimiento de obligaciones contractuales de interconexión.....</i>	427
E.1. <i>Posición del acreedor de interconexión.....</i>	429
E.2. <i>Viabilidad de cumplimiento por equivalente.....</i>	433
E.3. <i>Suspensión del cumplimiento de obligaciones de interconexión.....</i>	434
E.4. <i>Resolución contractual: interés público, pactos resolutorios y desconexión de las redes.....</i>	438
a) <i>Límites a la inclusión de pactos resolutorios en la relación contractual.....</i>	440
b) <i>Interés público y ejercicio de la facultad resolutoria del acreedor.....</i>	442
c) <i>Efectos de la resolución del acuerdo de interconexión.....</i>	447
d) <i>Intervención de la CMT en la desconexión de las redes.....</i>	449
F) <i>Consecuencias civiles del incumplimiento de obligaciones de interconexión nacidas de la Resolución de la CMT.....</i>	461
F.1. <i>Pretensión de cumplimiento.....</i>	462
a) <i>De la obligación de facilitar la interconexión (proveer y soportar la conexión física y funcional).....</i>	463
b) <i>Del resto de obligaciones derivadas de la resolución administrativa, en particular, el pago del precio.....</i>	466
F.2. <i>Resolución del vínculo obligacional.....</i>	470
F.3. <i>Pretensión resarcitoria.....</i>	471
G) <i>Régimen del resarcimiento de los daños causados por el incumplimiento de las obligaciones nacidas del acuerdos de interconexión o de la resolución de la CMT (art.1101 CC)....</i>	473
G.1. <i>Consideraciones generales.....</i>	473
G.2. <i>Incumplimiento obligacional.....</i>	474
G.3. <i>Imputabilidad del incumplimiento al deudor.....</i>	475
G.4. <i>Daños resarcibles.....</i>	477
CONCLUSIONES.....	480

BIBLIOGRAFÍA.....	504
ABREVIATURAS.....	519

LA OBLIGACIÓN DE INTERCONEXIÓN DE REDES DE TELECOMUNICACIONES: FUENTES, CONTENIDO Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

-Presentación-

La Obligación de Interconexión de Redes de Telecomunicaciones: Fuentes, Contenido y Resolución de Conflictos constituye una de las primeras aportaciones doctrinales al Derecho de las Telecomunicaciones realizada desde la óptica del Derecho privado. Trae causa en la tesis doctoral defendida por Ana I. Mendoza Losana el 16 de julio de 2001, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de La Universidad de Castilla-La Mancha y calificada con *sobresaliente cum laude* por unanimidad de los miembros del Tribunal, integrado por los profesores: Dr. D. Rodrigo BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO (Catedrático de Derecho civil); Dr. D. Ángel CARRASCO PERERA (Catedrático de Derecho civil); Dra. Dña. Carmen CHINCHILLA MARÍN (Catedrática de Derecho administrativo); Dr. D. Jorge PÉREZ MARTÍNEZ (Catedrático del Departamento de Señales, Sistemas y Radiocomunicaciones de la Universidad Politécnica de Madrid) y Dr. D. Javier CREMADES GARCÍA (Profesor de Derecho Constitucional y abogado especialista en Derecho de las Telecomunicaciones).

Esta obra pretende no sólo analizar algunos de los problemas jurídicos más relevantes que se plantean en esta incipiente rama del Ordenamiento, que es el Derecho de las Telecomunicaciones, sino también ampliar la aplicación del Derecho civil a las nuevas relaciones jurídicas surgidas del proceso de liberalización del mercado de las telecomunicaciones. El objetivo principal es construir un “sistema de convivencia o coordinación” entre las técnicas de Derecho público y de Derecho privado útil para resolver los conflictos entre operadores, que surgen en el tráfico jurídico y económico.

El objeto de estudio es la obligación de interconexión de redes y servicios públicos de telecomunicaciones regulada por los artículos 22 a 29 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, desarrollada por el RD 1651/1998, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el Título II de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, en lo relativo a la interconexión y al acceso a las redes públicas y a la numeración, que transponen a

nuestro Ordenamiento la Directiva 97/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, relativa a la interconexión en las telecomunicaciones en lo que respecta a garantizar el servicio universal y la interoperabilidad mediante la aplicación de los principios de la Oferta de Red Abierta (ONP). Las nuevas normas reguladoras de las comunicaciones electrónicas, en particular, la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas y la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, ambas pendientes de transposición en nuestro Ordenamiento, introducen ciertas reformas en la regulación de dicha obligación, si bien éstas no afectan a los acuerdos de interconexión ni a la relación de interconexión, en cuanto relación de Derecho privado de trascendencia pública, objeto de este estudio.

La relevancia del tema se justifica por sí misma. Y es que la interconexión de redes y servicios públicos de telecomunicaciones es una figura clave para el desarrollo del sistema de telecomunicaciones y la implantación efectiva de la competencia en este mercado recientemente liberalizado. La regulación y el cumplimiento de la obligación de interconexión genera numerosos conflictos en el mercado, que mantienen en jaque constante a la Administración de Telecomunicaciones. Además, la definición del régimen jurídico de la relación obligatoria de interconexión puede servir como modelo aplicable a otro tipo de relaciones constituidas en el sector de las telecomunicaciones u otros afines (v.gr. eléctrico, hidrocarburos...) y caracterizadas por una concurrencia de las técnicas de Derecho privado y de Derecho público.

El libro se estructura en cuatro capítulos. El primero es un capítulo de introducción en el que se definen ciertos conceptos y se exponen algunas ideas necesarias para la comprensión del funcionamiento del sector de las telecomunicaciones y de las peculiaridades de los contratos celebrados en él. El segundo se dedica a la obligación de interconexión. En él se delimita conceptualmente la interconexión, distinguiéndola del acceso a redes; se explica el contenido de la “obligación legal de interconexión” y las diversas acepciones de esta expresión, así como las fuentes constitutivas de la misma, la naturaleza del correlativo derecho de interconexión y algunas de las implicaciones de la interconexión en relación con el Derecho general de

la competencia. En el tercer capítulo se analizan las peculiaridades de la negociación y celebración de acuerdos de interconexión en cuanto contrato privado. En concreto, las relacionadas con la intervención de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el proceso de negociación de acuerdos de interconexión; la naturaleza jurídica de la Oferta de Interconexión de Referencia y los efectos de su aceptación en relación a la negociación de acuerdos de interconexión y se ofrecen algunos argumentos en favor de la calificación del Acuerdo de Interconexión como contrato de Derecho privado. Llegando a la conclusión de que ni la existencia de un deber genérico de proveer interconexión, ni la integración del contenido contractual con elementos ajenos a la autonomía de los operadores (normas imperativas e incluso actos administrativos) impide dicha calificación. Por último, en el capítulo cuarto se examinan los distintos mecanismos de resolución de conflictos privados derivados de la interconexión de redes y servicios públicos de telecomunicaciones. Por las peculiaridades de esta relación jurídica, tanto los órganos de la jurisdicción ordinaria como la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, -organismo de Derecho público que salvaguarda la aplicación del ordenamiento sectorial-, son competentes para conocer de los conflictos de negociación de acuerdos de interconexión, así como de su interpretación y ejecución, en los términos que se exponen. Naturalmente, el libro finaliza con la exposición de las conclusiones.

Por el carácter sintético de esta presentación, no se detallan aquí el conjunto de conclusiones a las que llega la autora. Pero sí cabe destacar la "conclusión principal". En el libro se defiende la calificación de la relación de interconexión, como *una relación de Derecho privado de trascendencia pública*. Calificación que es aplicable tanto a la relación constituida por un acuerdo libremente negociado por los operadores, como a la relación creada por una resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en la que ésta exige la interconexión efectiva y en su caso, impone condiciones a la misma. De dicha calificación se derivan consecuencias jurídicas importantes. En particular, la eficacia interprivada de los actos de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en los que ésta exige la interconexión efectiva de las redes, impone condiciones a la misma o exige la modificación de las condiciones acordadas por los operadores. Obviamente, estos actos administrativos están sometidos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero además y en cuanto constituyen una relación jurídica entre particulares, -similar a la creada por el acuerdo

de interconexión libremente negociado-, los conflictos derivados del cumplimiento de dichos actos están también sometidos al control de los órganos de la jurisdicción civil.

Por otra parte y también como consecuencia de la calificación de la relación de interconexión como relación de Derecho privado de trascendencia pública, el cumplimiento de los acuerdos de interconexión, libremente negociados entre los operadores, no es una cuestión puramente privada, sino sometida al control de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, órgano encargado de garantizar la interconexión de las redes y los servicios de telecomunicaciones.

El libro va destinado principalmente a los operadores de redes y servicios de telecomunicaciones, a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y a los órganos de la jurisdicción civil que se encuentran en la obligación de resolver conflictos privados derivados de la relación de interconexión. Se pretende proporcionar a los agentes que actúan en el sector de las telecomunicaciones un instrumento útil para afrontar sus estrategias en el mercado, defenderse de los abusos y contribuir al desarrollo del sistema de telecomunicaciones, así como la efectiva implantación de la competencia. Además, también se dirige a todos aquellos juristas interesados en el conocimiento de los nuevos ordenamientos sectoriales, caracterizados por acoger técnicas tanto del Derecho público como del Derecho privado.

Por último, la autora no quiere finalizar estas líneas sin manifestar públicamente su más sincero agradecimiento a los ya mencionados miembros del Tribunal que juzgó la tesis y a sus directores de tesis, los catedráticos de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha, D. Luis Fernando REGLERO CAMPOS y D. Ángel Francisco CARRASCO PERERA.

Ana I. Mendoza Losana

CAPÍTULO I
CONSIDERACIONES GENERALES
SOBRE EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES

1. PROPÓSITO DE LA OBRA

Uno de los rasgos que han definido la política económica de las últimas dos décadas del siglo XX ha sido la liberalización de sectores económicos, tradicionalmente reservados al sector público y prestados en régimen de monopolio. Los procesos de liberalización han afectado a sectores como la energía, los hidrocarburos o las telecomunicaciones. Aunque los resultados no son idénticos, los caminos recorridos son análogos. En síntesis, tres notas caracterizan a estos procesos: en primer lugar, la prestación de los servicios en régimen de libre competencia y por cualquier agente que disponga del título habilitante, concedido por la Administración en ejercicio de una potestad reglada; en segundo término, la calificación de la prestación de ciertos servicios como obligaciones de servicio universal, cuya prestación se somete a un régimen específico, a fin de garantizar la prestación de un conjunto mínimo de servicios a todos los usuarios, en condiciones de calidad y a un precio asequible; por último, la creación de organismos autónomos integrados en la Administración, que controlan la aplicación del Derecho sectorial y salvaguardan la competencia en ese sector del mercado, a fin de garantizar el cumplimiento de los objetivos del proceso de liberalización. Esto es, la implantación de un régimen efectivo de competencia en beneficio de los usuarios.

Naturalmente, estos procesos de liberalización han generado transformaciones no sólo económicas, políticas y sociales, sino también jurídicas. En particular, la liberalización del mercado de las telecomunicaciones ha generado la aparición de todo un catálogo de figuras contractuales, que aunque anteriormente no eran totalmente desconocidas en la práctica del sector, cobran en el mercado liberalizado una nueva dimensión. Afloran en el tráfico jurídico nuevos conflictos que demandan de los juristas un esfuerzo de análisis y

comprensión orientado a la aportación de soluciones que sepan armonizar los intereses particulares de operadores y usuarios, así como el interés público en el desarrollo del sistema de telecomunicaciones y la implantación de la “Sociedad de la Información”.

El estudio que ahora comienza persigue un doble propósito. Por un lado, servir de aportación al examen de una incipiente rama del Derecho como es el Derecho de las Telecomunicaciones. Se pretende proporcionar a los agentes que actúan en este sector -empresas, usuarios y al propio regulador- un instrumento útil para afrontar sus estrategias en el mercado, defenderse de los abusos y garantizar el desarrollo del sistema de telecomunicaciones, así como la efectiva implantación de la competencia. Todo ello desde una perspectiva jurídica, sin perjuicio de las imprescindibles referencias al contexto tecnológico, económico y político. Por otro lado, trata de ser una aportación al Derecho Privado, en la que se establezca una corriente continua entre este sector del Derecho y el nuevo Derecho de las Telecomunicaciones, de forma que aquél pueda sentirse “rejuvenecido” por las innovaciones que éste exige, y éste encuentre en aquél la estabilidad en los conceptos, superadora de la contingencia generada tanto por los vertiginosos avances de la Tecnología como por la intensa y a la vez efímera actividad normativa en el sector. Pero ambos propósitos son inalcanzables si no se delimita un poco más el objeto de estudio y se fijan unos objetivos específicos.

Al comenzar este estudio sobre los contratos en el sector de las telecomunicaciones se me plantean dos formas distintas de abordar la investigación: a) ofrecer una visión general de las múltiples figuras contractuales existentes en el sector, analizando sus características comunes y sus peculiaridades en relación con la teoría general de la contratación, sin ocuparme especialmente de ninguna de sus modalidades; b) elegir uno de los tipos de contratos más representativos, abordando con detalle su régimen y los problemas jurídicos y económicos que se plantean tanto en su formación y perfección, como en el desarrollo de la relación contractual. El amplio alcance de la primera opción y los riesgos de realizar un estudio excesivamente disperso, me han aconsejado elegir la segunda alternativa. Adoptada esta posición, el siguiente paso era

seleccionar el contrato más representativo de este sector del tráfico. Dicho en otros términos, el contrato cuya relevancia jurídica y económica justifica la realización de un esfuerzo investigador dirigido a aportar soluciones a los problemas que afectan tanto a los intereses de los operadores, como al interés general en el mantenimiento de un régimen de competencia en el mercado, en beneficio de los usuarios. Sin duda, en el acuerdo de interconexión de redes y servicios públicos de telecomunicaciones concurren estas cualidades.

El acuerdo de interconexión es un instrumento que garantiza la interconexión de redes y servicios públicos de telecomunicaciones. Como después se explicará, es ésta una figura clave en el proceso de implantación y mantenimiento de la competencia en el mercado recientemente liberalizado. Pero la interconexión de redes y servicios públicos de telecomunicaciones no es únicamente el acuerdo de interconexión. Éste es sólo una de las posibles formas de cumplimiento de la obligación de interconexión, impuesta por el Ordenamiento a los operadores de redes y servicios, en los términos que se detallarán. Por el acuerdo de interconexión, se constituye una *relación jurídico privada de trascendencia pública*, cuyo objeto es la interconexión física y funcional de las redes y servicios públicos de telecomunicaciones. La misma relación puede quedar constituida por un acto administrativo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT), órgano al que la normativa sectorial habilita para salvaguardar la competencia y en particular, garantizar la interconexión.

Por tanto, el objeto específico de este trabajo es la interconexión de redes y servicios públicos de telecomunicaciones. “Interconexión”, entendida en sentido estricto. Así, salvo ciertas referencias tangenciales, -precisamente, para delimitar ambas categorías-, no me referiré a otra figura afín como es el acceso a red¹.

¹ Centraré el objeto de estudio en la interconexión nacional, pues la interconexión internacional es una figura ya antigua en el sector, imprescindible para facilitar la comunicación internacional y respecto a la que no se plantean los problemas de competencia generados por la interconexión nacional. A la interconexión internacional se refiere la DA 1ª del RD 1651/1998, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el Título II de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, en lo relativo a la interconexión y al

En relación a la interconexión, el propósito de la investigación que ahora comienza es definir las consecuencias jurídicas de su calificación como relación de privada de trascendencia pública y las implicaciones de la intervención de un ente administrativo, la CMT, sobre las relaciones interprivadas.

El estudio se estructura en cuatro capítulos. El primero es un capítulo introductorio en el que se definen ciertos conceptos y se exponen algunas ideas necesarias para la comprensión del funcionamiento del sector de las telecomunicaciones y de las peculiaridades de los contratos celebrados en él. El segundo se dedica a la obligación de interconexión. En él se delimita conceptualmente la interconexión, distinguiéndola del acceso; se explica el contenido de la “obligación legal de interconexión” y las diversas acepciones de esta expresión, así como las fuentes constitutivas de la misma y la naturaleza del correlativo derecho de interconexión. En el tercer capítulo se analizan algunas de las peculiaridades de la negociación y celebración de acuerdos de interconexión en cuanto contrato privado. En particular, se justifica que ni la existencia de un deber genérico de proveer interconexión, ni la heterointegración del contenido contractual con elementos ajenos a la autonomía de los operadores (incluso actos administrativos) impide su calificación como contrato de Derecho privado. Por último, en el capítulo cuarto examino los distintos mecanismos de resolución de conflictos privados derivados de la interconexión de redes y servicios públicos de telecomunicaciones. Por las peculiaridades de esta relación jurídica, tanto los órganos de la jurisdicción ordinaria como la entidad de Derecho público que salvaguarda la aplicación del ordenamiento sectorial, son competentes para conocer de los conflictos de negociación de acuerdos de interconexión, así como de su interpretación y ejecución, en los términos que se expondrán. Naturalmente, el trabajo finaliza con la exposición de las conclusiones.

acceso a las redes públicas y a la numeración.

2. SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN, LIBERALIZACIÓN Y CONTRATACIÓN EN EL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES.

Vivimos en lo que se ha dado en llamar “Sociedad de la Información”. Desde la perspectiva de las redes y servicios de telecomunicaciones, tres notas caracterizan este contexto: el avance vertiginoso de la Tecnología²; el desarrollo de la creatividad económica y empresarial y el nacimiento de nuevas demandas de servicios de comunicación. Los tres son fenómenos interrelacionados que se han desplegado en el marco de la liberalización del mercado de las telecomunicaciones³. Durante la etapa monopolista, los servicios de telecomunicaciones se reducían al servicio telefónico y a la televisión hertziana - calificados ambos como servicios públicos de titularidad estatal- y de forma residual, el servicio de transmisión de datos. El impulso tecnológico ha permitido desarrollar nuevas redes dotadas de mayor capacidad de transmisión, lo que ha dado lugar a una diversificación de la oferta, que, a su vez, ha generado un incremento de la demanda. Esta diversificación de la oferta de servicios hace que el conjunto de modalidades contractuales en el ámbito de las telecomunicaciones sea cada vez más amplio y variado.

La liberalización del sector ha actuado como motor de este proceso de desarrollo tecnológico. Probablemente, de haberse mantenido la rígida estructura

² El desarrollo tecnológico ha permitido la multiplicación de los servicios de telecomunicación y sus aplicaciones. Los nuevos tipos de redes permiten prestaciones adicionales o mejoradas a las de la red básica. En síntesis, estas nuevas prestaciones proceden, por un lado, del mejor uso del espectro de frecuencias, que permite construir redes de telefonía móvil con capacidades equivalentes o superiores a las de la red fija, y por otro lado, de la utilización de la fibra óptica y el aumento de la velocidad de conmutación gracias a la electrónica y a la informática. Ello permite transportar grandes cantidades de información a velocidades hasta hace poco impensables, permitiendo así la comunicación masiva de imagen, voz y datos por los mismos canales.

³ El proceso en su conjunto se ha calificado como una “revolución” que ha dado lugar a la sustitución de la sociedad industrial por la “sociedad de la información”. Las telecomunicaciones son el soporte de este nuevo tipo de sociedad, que, sin caer en la exageración, son a la sociedad de la información, lo que el transporte de mercancías fue a la sociedad industrial (*Soluciones. Un Modelo de Telecomunicaciones para España*. Cuadernos de Economía de Mercado, Diciembre 1995, nº1, pág.5).

jurídico-económica del monopolio, la tecnología no hubiera logrado los avances alcanzados en la actualidad. Pero, como no podía ser de otra manera, el proceso de liberalización no ha sido sinónimo de eliminación de las normas reguladoras del sector⁴. Antes al contrario, se ha producido una “neoregulación” o “re-regulación” que ha dado lugar a un vasto conjunto normativo, cuya máxima expresión en el Ordenamiento español es actualmente la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGT)⁵. Los objetivos de esta neoregulación son prioritariamente tres: la implantación de la competencia efectiva en el sector de las telecomunicaciones; la garantía a todos los usuarios de la prestación de unos servicios de telecomunicaciones de calidad a un coste asequible (servicio universal) y el desarrollo del sistema de telecomunicaciones en su conjunto (cfr. art. 3 LGT).

En este marco de evolución o “revolución tecnológica” surgen nuevas figuras contractuales que actúan simultánea y recíprocamente como plasmación e impulso de ese proceso, como causa y consecuencia de esa evolución⁶. La

⁴ Con acierto, afirma SORIANO GARCÍA, J.E. que “[d]esregulación, [...], no equivale en modo alguno a supresión de normas. No se trata de provocar la pura anomia. Se trata más bien de examinar qué tipo de normas regulaban el sector y sustituirlas por otras diferentes. Libertad y autoridad sabiamente mezcladas”; “...la ‘desregulación’ es en realidad una regulación de nuevo cuño...” (*Desregulación, Privatización y Derecho Administrativo*. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 1993, págs. 12 y 57). En parecidos términos, VICENT CHULIÁ, F. en el prólogo a la obra de VICIANO PASTOR, J., *Libre Competencia e Intervención Pública en la Economía*. Tirant lo blanch. Valencia, 1995: “... la desregulación no supone la desaparición de normas y el vacío legal, sino su sustitución por un nuevo Derecho [...]. En el marco del Estado la desregulación supone en buena medida sustituir el Derecho administrativo por el Derecho de la competencia, en sentido amplio, regulador de las relaciones concurrenciales ‘inter privados’, pero también de la conducta de los poderes públicos en el mercado” (pág. 24).

⁵ La Ley ha sido objeto de varias modificaciones: mod. arts. 17; 22.2; 33; 34; 60; 62; 63; 82; DA 3ª y DT4ª por Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social; art. 26 Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE; DD por Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social (v. art. 66) (BOE núm. 312, de 30-12-1999).; mod. art. 22.7 y añadida DA 12ª por RD-Ley 7/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes en el Sector de las Telecomunicaciones; modificada por Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE núm. 313, de 30-12-2000). El texto completo de la Ley y algunas de sus numerosas normas de desarrollo se encuentra en el anexo legislativo que acompaña a este estudio.

⁶ Como ha afirmado ROJO, A., la creación de nuevas figuras contractuales ligadas a los procesos de evolución económica, “es una constante histórica: las ‘revoluciones’ -o las evoluciones- económicas son fuente generadora de nuevos contratos”; “no hay [...] evolución económica y social sin evolución jurídica: nuevos hechos, nuevos contratos [...]”. Los nuevos

pretensión de alcanzar los referidos objetivos de política de telecomunicaciones (introducción de competencia, servicio universal y desarrollo integral del sistema de telecomunicaciones), unida al pasado monopolístico del sector -origen de desigualdades en las respectivas posiciones de los contratantes-, conduce a un Derecho contractual peculiar marcado por un acusado intervencionismo de la Administración. Ésta, a través de sus disposiciones normativas y actos administrativos, integra el contenido de los acuerdos celebrados entre particulares, constituye relaciones análogas a las que nacen de los contratos y resuelve conflictos interprivados.

Bien puede afirmarse que el Derecho de las Telecomunicaciones es un claro ejemplo de los procesos de simultánea y recíproca “publicación” del Derecho Privado y “privatización” del Derecho Público. Concurren en este sector de la contratación muchos de los fenómenos que han abonado las teorías acerca de la crisis del Derecho Civil y en particular, de la crisis del contrato y de la autonomía de la voluntad (contratos normados, contratos de adhesión, aprobación administrativa de los contratos...).

No obstante, más que poner de manifiesto una crisis, en mi opinión, lo que refleja este nuevo Derecho de las Telecomunicaciones es precisamente el triunfo de la autonomía privada. Se abre a la intervención de los particulares un sector del tráfico tradicionalmente reservado al Estado, en el que éste actuaba en régimen de monopolio. Tal circunstancia confiere a este sector un carácter peculiar, que exige una intervención especial de la Administración, no para coartar la autonomía privada sino para garantizar su efectividad, restringiendo el poder unilateral de ciertos agentes de mercado, así como para salvaguardar los otros objetivos de política de telecomunicaciones, en particular el servicio universal⁷.

instrumentos son la consecuencia de esa evolución, pero, al mismo tiempo, contribuyen a ella, facilitándola, potenciándola, sin que sea posible establecer rígidas relaciones de causalidad” (“Los contratos mercantiles contemporáneos” en *Cuadernos de Derecho y Comercio. Monográfico 1998: Contratación Mercantil*, págs. 12-23, concr. pág. 13).

⁷ V. CHINCHILLA MARÍN, C., “El derecho a la ocupación del dominio público y de la propiedad privada necesarios para el establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones”, en CHINCHILLA MARÍN, C. (Coord.), *Telecomunicaciones: estudios sobre Dominio Público y*

En la situación actual del mercado español de las telecomunicaciones, los tipos contractuales básicos celebrados entre operadores de redes y servicios públicos de telecomunicaciones y regulados por la normativa sectorial son: el acuerdo de interconexión, el contrato de acceso especial a red, el arrendamiento de circuitos y la reventa de capacidad, el contrato de acceso indirecto al bucle de abonado, el contrato de uso compartido de infraestructuras de telecomunicaciones y la cesión de capacidad para la prestación del servicio portador a los servicios de difusión⁸.

En cuanto actos de empresa, este tipo de contratos son contratos mercantiles⁹. Tal cualidad carece de trascendencia al determinar el régimen jurídico aplicable. Sin perjuicio de la tendencia doctrinal y jurisprudencial a minimizar la relevancia práctica de la distinción entre contratos civiles y mercantiles¹⁰, sólo cabe hablar de una concurrencia de regímenes y debatir sobre la naturaleza civil o mercantil de una relación jurídica respecto a aquéllas nacidas de tipos contractuales que gozan de una doble regulación en el Código Civil y en el Código de Comercio o aquéllos regulados exclusivamente en este último. Las

Propiedad Privada. Marcial Pons. Madrid, 2000, págs. 93-148, concr. pág. 95.

⁸ En los países pioneros en la liberalización del sector de las telecomunicaciones y en los que éste se encuentra más desarrollado (EE.UU., el Reino Unido o Australia) aparecen una pluralidad de actividades económicas cuyo objeto son las redes y servicios de telecomunicaciones, principalmente diversas modalidades de reventa de capacidad y de servicios, difícilmente ubicables en los tipos contractuales previstos en nuestro Ordenamiento. Algunas de estas actividades se describen por CASTEJÓN, L., "Nomenclatura, términos técnicos y conceptos de los mercados de telecomunicaciones" en CARRASCO, A. Y ARPÓN DE MENDÍVIL, A. (Directores), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. Aranzadi. Pamplona, 1999, págs.45-103, en concreto, págs. 72-74.

⁹ V. URÍA, R., *Derecho Mercantil*. 24ª Edic. Marcial Pons. Madrid, 1997, pág. 638; SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*. Tomo II. 19ª. EDESA. Madrid, 1996, p. 141.

¹⁰ Cfr. ROJO, "Los contratos mercantiles contemporáneos", pág. 19; DORAL GARCÍA, J.A. "Orientaciones actuales sobre el futuro del contrato" en *Libro Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*. Volumen VI. Madrid, 1988, págs. 95-139, en particular pág. 106 y bibliografía allí citada.

Por su parte, la jurisprudencia impulsa el proceso de unificación del Derecho privado de obligaciones. Así, en sus sentencias de 4-12-1995 (RJ 1995, 9157) y de 31-12-1998 (RJ 1998, 9769) (esta última comentada por REGLERO CAMPOS, L.F., *CCJC* núm. 50 y GONZÁLEZ CASTILLA, F., "La interrupción de la prescripción en el ámbito mercantil: art. 944 C. de c. *versus* art. 1973 CC", *RDM*, núm. 232, abril-junio 1999, págs. 855-866), el Tribunal Supremo ha aplicado un régimen jurídico unitario de la interrupción de la prescripción de las acciones en materia civil y mercantil.

disposiciones del Código Civil, en tanto que Derecho supletorio aplicable en defecto de regulación específica (arts. 4.3 CC y 2 CCom), integrarán el régimen de las obligaciones y contratos en el sector de las telecomunicaciones.

3. INFRAESTRUCTURAS, REDES Y SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES

Los contratos en el sector de las telecomunicaciones pueden tener por objeto las infraestructuras de telecomunicaciones (ej. contrato de uso compartido de infraestructuras), la red o más propiamente, la capacidad de tráfico que ésta ofrece, (ej. alquiler de circuitos, acceso indirecto al bucle de abonado), los servicios (ej. servicio telefónico, acceso a Internet, servicio de enrutamiento de llamadas a través de la red que ofrezca un precio inferior) o contener prestaciones comunes a todos ellos. El acuerdo de interconexión de redes es un ejemplo de estos últimos. El objeto del acuerdo es fundamentalmente la prestación del servicio de encaminamiento de los diversos tipos de llamadas hacia las distintas redes interconectadas, pero también puede comprender el uso compartido de infraestructuras o la cesión de ciertos tramos de la red para que terceros presten servicios de acceso indirecto.

Las infraestructuras, las redes y los servicios prestados entre operadores coadyuvan a la prestación del servicio de telecomunicaciones, que se ofrece al usuario final como una unidad¹¹. Pero son elementos distintos. Esta separación o distinción entre los distintos elementos que concurren en la prestación de los servicios de telecomunicaciones no es sólo física o técnica, sino también jurídica.

¹¹ Son ilustrativas las palabras de CASTEJON, quien afirma que “[l]as telecomunicaciones como actividad económica incluyen dos áreas diferenciadas: el transporte de información, que se realiza mediante la red, y el tratamiento de la información para su recogida y entrega, que constituye el servicio. No obstante, la red precisa de ciertos elementos accesorios a la esencia del negocio, pero no por ello prescindibles: las infraestructuras. La cadena de valor resultante viene constituida por las infraestructuras, las redes y los servicios.

De manera que el servicio constituye una adición de valor económico sobre el mero transporte. Los usuarios finales contratan servicios a los operadores y los operadores entre sí se prestan servicios de red. Y los operadores de red demandan ciertas infraestructuras necesarias para establecer su red”(“Nomenclatura...”, págs. 57-58).

Los derechos de propiedad y explotación de infraestructuras y redes o los de prestación de servicios pueden pertenecer a distintos titulares y estar sometidos a diversos regímenes jurídicos. La diversificación incentiva el desarrollo del sector y facilita el acceso al mercado de nuevos operadores que, aprovechando las economías de escala, distribuyen y aminoran los elevados costes de inversión necesarios para operar en este sector económico.

Sin ánimo de exhaustividad, conviene aquí definir los diversos elementos concurrentes en la prestación de servicios de telecomunicaciones, y sobre todo, establecer la distinción entre ellos¹².

La LGT no define el concepto de *infraestructuras* de telecomunicación. Se entiende por tales el conjunto de elementos materiales que sustentan y protegen la red de telecomunicaciones. Forman parte de la infraestructura: las edificaciones, las canalizaciones por el dominio público o privado por las que circulan los cables, estructuras de soporte de antenas e instalaciones auxiliares de agua, electricidad, refrigeración y seguridad. Una misma infraestructura puede sustentar diversas redes de telecomunicación. Un ejemplo clarificador lo constituyen las infraestructuras comunes de acceso a los servicios de telecomunicación (ICAT)¹³. Estas infraestructuras del interior de los edificios están constituidas por la infraestructura de obra civil y la infraestructura común de acceso a los servicios

¹² Sobre el concepto y la distinción entre infraestructura, red y servicios de telecomunicación cfr. CASTEJÓN MARTÍN, L., “Nomenclatura,...”, págs 56-68; ARIÑO ORTIZ, G., DE LA CUÉTARA, J.M, AGUILERA, L., *Las Telecomunicaciones por Cable. Su regulación presente y futura*. Marcial Pons. Madrid, 1996, pp. 25-29; FERNANDO PABLO, M.M., “Red y servicio de telecomunicación. La necesidad de una congruente diferenciación jurídica”(Comentario a la STS de 17 de abril de 1996), *RDA*, octubre-diciembre, 1997, pp. 591-601.

¹³ El régimen jurídico de las ICAT se contiene en el artículo 53 LGT y en el RD-Ley 1/1998, de 27 de febrero, sobre infraestructuras comunes en los edificios para el acceso a los servicios de telecomunicación (BOE núm. 51, de 28-2-1998), convalidado por Resolución del Congreso de los Diputados de 26-3-1998 (BOE núm. 80, de 3-4-1998) y desarrollado por RD 279/1999, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento regulador de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones para el acceso a los servicios de telecomunicación en el interior de los edificios y de la actividad de instalación de equipos y sistemas de telecomunicaciones (en adelante, Reglamento de infraestructuras) (BOE núm. 58, de 9-3-1999). El Reglamento ha sido desarrollado por la Orden MF de 26 de octubre de 1999 (BOE núm. 268, de 9-11-1999).

de telecomunicaciones¹⁴. Ambas habrán de disponer de capacidad técnica suficiente para permitir el paso de las redes de los distintos operadores que prestan servicio en el edificio (arts. 53 LGT y 1 RD 279/1999). Así, para la infraestructura común de telecomunicaciones que facilita el acceso al servicio de telefonía disponible al público, el Reglamento de Infraestructuras dispone que la red de distribución, cuyo diseño y realización es responsabilidad de los propietarios del inmueble, será única, con independencia del número de operadores que presten servicio en el edificio (punto 2.2., anexo II)¹⁵. De esta forma, se permite al usuario contratar cualquiera de los servicios de telecomunicación ofrecidos en el mercado y cambiar de operador, pudiendo contratar inmediatamente con cualquier operador, sin necesidad de crear nuevas infraestructuras de acceso.

La LGT define la *red de telecomunicaciones* como los sistemas de transmisión, y cuando proceda, los equipos de conmutación y demás recursos que permitan la transmisión de señales entre puntos de terminación definidos mediante cable, o medios ópticos o de otra índole (Anexo de definiciones)¹⁶. Se considerará

¹⁴ Es importante distinguir entre las infraestructuras comunes de acceso a servicios de telecomunicación (ICAT) y las infraestructuras de obra civil que soportan dichas infraestructuras comunes de telecomunicaciones. A grandes rasgos, se puede decir que son ICAT todos aquellos elementos que existan o se instalen en un edificio, destinados a la captación, adaptación y distribución de señales de televisión o radiodifusión sonora (terrestre o por satélite) y a proporcionar acceso al servicio telefónico fijo y a los servicios de telecomunicaciones por cable; también se consideran ICAT aquellos elementos que aunque inicialmente no realizan las funciones indicadas, han sido adaptados para cumplirlas (art. 1.2 RD-Ley 1/98). Se entiende por infraestructura de obra civil, las canalizaciones, recintos y elementos complementarios que alberguen la infraestructura común de telecomunicaciones (anexo IV RD 279/1999). Así pues, por un lado, están las ICAT (ej. antena de recepción de señales de TV, redes de distribución y dispersión de la señal por el interior del edificio...etc); por otro, la infraestructura que las sostiene (ej. recinto de instalación de telecomunicaciones superior en el que se alberga la antena, canalizaciones o tubos por los que circulan las redes de distribución y dispersión, arquetas de entrada en las que se ubican los puntos a los que se conectan las redes de los distintos operadores...etc.).

¹⁵ Sin entrar en detalles técnicos, la red de distribución es la parte de la red formada por cables multipares y demás elementos que “distribuyen” la señal por las diversas plantas del edificio, es decir, desde el punto de interconexión con la red del operador hasta los puntos de distribución o puntos estratégicos en los que será recogida por la red de dispersión. Ésta se encarga, dentro de cada planta, de llevar las señales de los diferentes servicios de telecomunicación hasta cada usuario.

¹⁶ Las redes se componen de elementos de conmutación (nodos o centrales de tránsito y locales) y medios de transmisión (enlaces). El elemento clave son los nodos de comunicación o centrales de conmutación (centrales telefónicas locales y de tránsito en la red telefónica, el

red pública de telecomunicaciones aquella que se utiliza, total o parcialmente, para la prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles para el público. En otras palabras, la red de telecomunicaciones es el conjunto de elementos que permiten el transporte y conmutación de las señales de comunicación¹⁷. Las redes de telecomunicaciones se componen de una diversidad de recursos materiales e inmateriales¹⁸.

Las redes de telecomunicación constan de dos tramos bien diferenciados, la red de acceso (une al usuario con la central local de conmutación) y la red de tránsito. La LGT define en su anexo la *red de acceso* como el conjunto de elementos que permiten conectar a cada abonado con la central local de la que depende. Es la última parte de la red de telecomunicaciones y está constituida por los elementos que proporcionan al abonado la disposición permanente de una

ordenador que actúa como servidor de red en las redes telemáticas, las estaciones de cobertura en la red móvil y los diversos puntos de redistribución de la señal en las redes de televisión por cable), pues es en ellos donde se produce el encaminamiento de la señal y se sitúa la inteligencia de la red. Estos elementos permiten la entrega de la señal desde el origen hacia el destino requerido, seleccionando el camino más adecuado para llegar a unir ambos puntos (conmutación). Un mismo nodo puede pertenecer a diversas redes, al igual que una misma línea puede transportar la señal de diversas redes.

En los nodos de una red actúan conjuntamente elementos de diversos tipos. Por ejemplo, el equipamiento de una central puede ser electromecánico, electromagnético o, cada vez más, totalmente electrónico, pero necesita de las correspondientes instrucciones, que tienden a adoptar la forma de *software* informático. En telecomunicaciones contemporáneas la "inteligencia" de la red, esto es, su peculiar modo de organización (convertido en programas informáticos muy extensos, con millones de líneas de programación) es el punto neurálgico del sistema.

¹⁷ La conmutación es un proceso consistente en el encaminamiento de la señal hacia el punto de terminación de red previamente determinado. Es decir, se trata de establecer caminos físicos o lógicos por los que circule la señal. Exigen conmutación todos aquellos servicios en los que la señal de comunicación tiene un destino prefijado. Así, por ejemplo, exige conmutación el servicio telefónico (la señal emitida por el usuario A debe llegar al usuario B, a quien aquél dirige la llamada). Los servicios de difusión de radio o televisión no exigen conmutación, pues la señal llega a cualquier receptor, sin tener ningún destino predeterminado.

¹⁸ Las redes de telecomunicación utilizan las infraestructuras de telecomunicación. A grandes rasgos, la parte material de la red está constituida por un medio físico de transporte de la señal (fibra óptica, cable coaxial, radio, etc.), equipos que adaptan las señales para su transporte y vigilan por su correcto encaminamiento (equipos extremos o terminales que adaptan las señales al tipo de medio físico, tales como modem, transmisores, moduladores, etc.) y equipos intermedios que mantienen la calidad de la señal (amplificadores, regeneradores, etc.). Junto a estos componentes materiales, la red se compone de elementos

inmateriales (ondas radioeléctricas, señales de todo tipo, software informático). A través de estos elementos, las redes enlazan muchos puntos y por ellas pasan múltiples servicios. Los elementos físicos o materiales necesitan ubicarse en determinados edificios y transcurrir por ciertas canalizaciones (infraestructuras).

conexión desde el punto de terminación de red (al que se conecta su equipo terminal) hasta la central local; la *red de tránsito* es la parte de la red de telecomunicaciones que, por medio de cables y equipos de transmisión y conmutación, transporta la señal por las distintas centrales de conmutación hasta su entrega en la central de conmutación más próxima al punto de destino de la señal¹⁹.

El tramo de red de acceso requiere cuantiosas inversiones, sólo recuperables a largo plazo; para el despliegue del tramo de red de tránsito se requieren inversiones más reducidas y rentables a medio plazo. A esta última circunstancia coadyuva el diverso grado de convergencia de ambos tramos. La red de tránsito es altamente convergente, sobre la misma se pueden prestar pluralidad de servicios distintos. No ocurre lo mismo con la red de acceso. Actualmente, salvo alguna excepción constituida fundamentalmente por las redes de cable, susceptibles de ofrecer un acceso único para todo tipo de servicios fijos, el tipo de servicio al que el usuario puede tener acceso está condiciona por el tipo de acceso²⁰.

Los *servicios de telecomunicaciones* se definen como aquellos cuya prestación consiste, en su totalidad o en parte, en la transmisión y conducción de señales por las redes de telecomunicaciones con excepción de la radiodifusión y la televisión (Anexo LGT). La prestación de servicios de telecomunicaciones versa sobre el transporte, encaminamiento y presentación de la información de determinada forma. Así, por ejemplo, el servicio de fax tiene por objeto el transporte y tratamiento de señales de comunicación en forma de textos o imágenes fijas; el servicio de telefonía disponible al público se caracteriza por la explotación comercial para el público del transporte directo y de la conmutación de la voz en tiempo real con origen y destino en una red pública conmutada de telecomunicaciones entre usuarios de terminales tanto fijos como móviles (Anexo

¹⁹ Sobre el concepto y tipos de redes de telecomunicación véase CASTEJÓN MARTÍN, L., “Nomenclatura,...”, págs. 60-66.

²⁰ Cfr. Informe Anual de la CMT para 1998, apdo. II.3.3.

de definiciones LGT). A su vez, este servicio puede presentar multitud de variantes en función del sistema de facturación (ej. tarjetas prepago, números 900, 902 y 903...), del lugar donde se ubican los puntos de terminación de red (ej. prestación del servicio telefónico a través de cabinas ubicadas en el dominio público) e incluso de la red empleada (red telefónica fija, móvil, Internet), etc.

Los servicios de telecomunicación se prestan a través de una red de telecomunicaciones, pero red y servicio constituyen dos categorías diferenciadas²¹. Los operadores de servicios pueden ser titulares de su propia red, o bien contratar el servicio soporte de red a una entidad distinta. La digitalización de las señales de telecomunicación permite que a través de una misma red se presten pluralidad de servicios (televisión, telefonía, acceso a Internet...) ²², pudiendo el usuario acceder indistintamente a los servicios prestados por diferentes operadores a través de la misma red. Es decir, el usuario está abonado a una única red, pero puede recibir servicios de distintos operadores²³. Por lo general, es el servicio y no la red lo que resulta más interesante para el usuario y

²¹ Sobre la diferencia entre red y servicio de telecomunicación véase G.ARIÑO, *Las Telecomunicaciones por cable...*, págs. 26-31 y M.M.FERNANDO PABLO, *RDA*, núm. 96, oct.-dic. 1997, pp. 591-601, texto que comenta la STS de 17 de abril de 1996 y en el que se critica la confusión en la que incurre el TS. La realidad muestra una progresiva y creciente tendencia a la separación de los servicios de la infraestructura de red sobre la que se presta (v. Informe Anual de la CMT correspondiente a 1998, apdo. II.3).

²² La digitalización consiste en la conversión de todo tipo de señales (voz, texto, imagen...) en un conjunto de dígitos de cero al uno. Una vez digitalizadas las señales de voz e imágenes se pueden tratar homogéneamente mediante un ordenador y pueden circular por un mismo soporte. La digitalización es la piedra angular del tan nombrado *fenómeno multimedia*, que, a grandes rasgos, consiste en "la posibilidad de acceder a todo tipo de información digitalizada -voz, texto, vídeo e imágenes fijas-, de modo interactivo, en cualquier momento y en cualquier lugar" (PÉREZ MARTÍNEZ, J. FEIJOO GONZÁLEZ, C. y CASTEJÓN MARTÍN, L., *Notas del curso introducción a la ingeniería. Parte I*, Grupo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, Universidad Politécnica de Madrid, p. 2/4).

²³ En el estado actual de la Tecnología, sobre una red de fibra óptica se pueden proporcionar hasta 37.000 circuitos telefónicos, transmisión de datos a millones kilobits/s o Gigabits/s, hasta 150 canales de televisión y miles de canales de audio. Pero no sólo las redes de cable tienen propiedades multimedia, sino también las redes que utilizan el espectro radioeléctrico (redes por ondas terrestres o por satélite) pueden servir de soporte al servicio de telefonía móvil, datos, televisión y radio. La diferencia entre unas y otras se ubica en la capacidad cuantitativa y cualitativa de la red. Es decir, en su capacidad para transmitir mayor o menor cantidad de información, a mayor o menor velocidad y de alta o baja calidad. (PARDO, F., "Redes y Servicios para las telecomunicaciones" texto de la conferencia pronunciada en el curso de Verano de la Universidad de Castilla-La Mancha, "Régimen jurídico del mercado de las telecomunicaciones", Cuenca, 7 al 9 de julio de 1997).

por lo que está dispuesto a pagar un precio. La red es irrelevante para el usuario pero no para los operadores, cuya actividad puede radicar en prestar servicios utilizando redes ajenas (interconexión, acceso a red), en ofrecer capacidad de red para que otros presten servicios (alquiler de circuitos y reventa de capacidad) o en ofrecer infraestructuras para que otros desplieguen sus redes de telecomunicaciones (alquiler de fibra óptica, uso compartido de infraestructuras).

Con todo, la proyección práctica de esta distinción conceptual resulta ambigua. Así, si tradicionalmente se ha considerado que la central local de conmutación telefónica formaba parte de la red telefónica, en la actualidad parece más conveniente considerarla como infraestructura para la prestación del servicio telefónico²⁴.

4. OPERADORES Y USUARIOS DE TELECOMUNICACIONES

Los contratos interprivados en el sector de las telecomunicaciones pueden celebrarse entre operadores de redes y servicios de telecomunicaciones y entre éstos y los usuarios de servicios de telecomunicaciones. Aunque este estudio versará sobre los contratos entre operadores, en particular el acuerdo o contrato de interconexión, resulta relevante definir, siquiera de forma somera, las dos categorías de agentes susceptibles de ser parte contratante en el sector de las telecomunicaciones.

4.1 Operadores de redes y servicios de telecomunicaciones.

En el contexto de la LGT son *operadores de redes y servicios de telecomunicaciones*, las personas físicas o jurídicas que han obtenido título habilitante para la prestación de servicios de telecomunicaciones y el establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones tanto a terceros como en régimen de autoprestación²⁵. En función de la actividad realizada

²⁴ CASTEJÓN, L., “Nomenclatura,...”, pág.63.

²⁵ El régimen de los títulos habilitantes sufre una importante transformación en el nuevo marco regulatorio, integrado a estos efectos por la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los

(servicio que se pretenda prestar o red que se pretenda instalar o explotar), el título habilitante será una licencia individual o una autorización general de las previstas en el Título II de la LGT (art. 7.1 LGT)²⁶.

Se precisará título habilitante para la prestación de servicios de telecomunicaciones y el establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones, con las excepciones previstas por la LGT (art. 7, apdos. 2 y 3 LGT).

En materia de títulos habilitantes, la LGT ha sido desarrollada por sendas órdenes ministeriales de 22 de septiembre de 1998, por las que se establece el régimen aplicable a las licencias individuales para servicios y redes de telecomunicaciones y las condiciones que deben cumplirse por sus titulares y el de las autorizaciones generales para servicios y redes de telecomunicaciones y las condiciones que deben cumplirse por sus titulares (en adelante, Orden de Licencias y Orden de Autorizaciones, respectivamente)²⁷. Los títulos habilitantes se conceden por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones o por el

servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco), DOCE L 108, de 24-04-2002 y la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva de autorización), (DO L 108, de 24-4-2002), pendientes de su transposición en el Ordenamiento español a través del Proyecto de Ley de reforma de la LGT. Desaparece la distinción entre licencias individuales y autorizaciones generales, sustituyéndose ambos títulos por una sola autorización general. Basta que el interesado en explotar redes públicas de comunicaciones electrónicas o prestar servicios de comunicaciones electrónicas a terceros lo notifique fehacientemente a la Autoridad Nacional de Reglamentación (en España, la CMT), antes del inicio de su actividad, manifestando su aceptación de las condiciones fijadas para la realización de dicha actividad (ej. obligaciones contables, suministro de información a la Administración...). Salvo que en el plazo máximo de quince días, la CMT emita una resolución motivada que declare que la notificación no cumple los requisitos exigidos y que se tiene por no practicada, el operador podrá iniciar su actividad, sin perjuicio de la solicitud del oportuno título para obtención de recursos de numeración, frecuencias radioeléctricas o derechos de ocupación del dominio público o privado (art. 6 Proyecto).

²⁶ Para una completa exposición del régimen jurídico de los títulos habilitantes para la prestación de servicios de telecomunicaciones y el establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones vid. CARRASCO A., Y CORDERO, E., “El derecho a prestar servicios de telecomunicaciones” en CARRASCO PERERA, A. Y ARPÓN DE MENDÍVIL, A., *Comentarios*, págs. 271-354.

²⁷ Ambas publicadas en BOE núm. 231, de 26-9-1998.

Ministerio de Ciencia y Tecnología²⁸, conforme a un procedimiento reglado, pudiendo establecer condiciones para la prestación del servicio o el establecimiento o explotación de la red, cuyo incumplimiento podrá ser causa de revocación del título²⁹. Los títulos se inscribirán en los Registros Especiales de Titulares de Licencias Individuales y de titulares de Autorizaciones Generales dependientes de la CMT (art. 8 LGT)³⁰.

Se requerirá licencia individual: a) para el establecimiento o explotación de redes públicas de telecomunicaciones; b) para la prestación del servicio telefónico disponible al público; c) para la prestación de servicios o el establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones que impliquen el uso del dominio público radioeléctrico (art. 15 LGT). Las licencias podrán ser de tipo A, B o C (art. 2 Orden de Licencias):

- Las licencias de tipo A habilitan a su titular para la prestación del servicio telefónico fijo disponible al público, sin instalar ni explotar red propia. Su régimen se regula en los artículos 22 a 24 de la Orden de Licencias;

²⁸ La LGT atribuye la competencia para conceder títulos habilitantes al Ministerio de Fomento. Por RD 557/2000, de 27 de abril, de reestructuración de los Departamentos ministeriales, el Ministerio de Ciencia y Tecnología asume las funciones anteriormente atribuidas a la SGC y al MF, excepto las atribuciones correspondientes a la Entidad Pública Empresarial de Correos y Telecomunicaciones.

²⁹ Las autorizaciones generales se concederán por la CMT (art. 12 LGT), salvo las autorizaciones para la prestación de nuevos servicios, que se concederán por el MCT (art. 14 LGT). Mayores problemas ofrece la atribución de competencia para otorgar licencias individuales: se entiende que la CMT es competente para otorgar todas aquellas licencias que no deban adjudicarse por concurso conforme al artículo 20 LGT (licencias para las que no exista limitación de número)(art. 12.1 Orden de Licencias); el MCT será competente para adjudicar las licencias obtenidas por licitación y también para otorgar los títulos que habiliten para utilizar el dominio público radioeléctrico (art. 7 Orden de Licencias). Sobre la confusa distribución de competencias entre CMT y el MF, cuyas funciones fueron respecto al otorgamiento de títulos, cfr. CARRASCO, A. Y CORDERO, E., "El derecho a prestar...", págs. 320 y 321).

³⁰ El RD 1652/1998, de 24 de julio, aprueba el Reglamento de los Registros Especiales de Titulares de Licencias Individuales y de Titulares de Autorizaciones Generales para la prestación de servicios y para el establecimiento y explotación de Redes de Telecomunicaciones. El mismo RD aprueba el Reglamento del Procedimiento de Ventanilla Única para la presentación de solicitudes o notificaciones dirigidas a la obtención de títulos habilitantes y el Reglamento del Registro Especial de Operadores de Cable (BOE núm. 213, de 5-9-1998).

- Las licencias tipo B habilitan al titular para la prestación del servicio telefónico fijo (licencia B1) o móvil (licencia B2), mediante el establecimiento o explotación de una red pública de telecomunicaciones fija o móvil, respectivamente. Se entiende por red pública de telecomunicaciones la utilizada, total o parcialmente, para la prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles para el público (anexo de definiciones LGT). Su régimen se contiene en los artículos 25 a 27 de la Orden de Licencias.

La explotación de la red conforme a una licencia de tipo B1 comprende también el derecho a prestar el servicio de líneas susceptibles de arrendamiento.

Las licencias de tipo B1 pueden ser de ámbito nacional o de ámbito territorial inferior, exigiéndose en este segundo caso que el ámbito territorial sea continuo, comprenda municipios completos y alcance, como mínimo, una población de cincuenta mil habitantes (art. 25 Orden de Licencias).

- Las licencias de tipo C habilitan para el establecimiento o explotación de una red pública de telecomunicaciones, sin que su titular pueda prestar el servicio telefónico. La licencia será de tipo C1, si la red no implica el uso del dominio público radioeléctrico, o C2 cuando sí implique el uso de dicho dominio. La licencia tipo C1 habilita para la prestación del servicio de arrendamiento de circuito, como forma de explotación de la red. A estas modalidades de licencias se dedican los artículos 28 a 30 de la Orden de Licencias.

El MCT podrá limitar el número de licencias a otorgar cuando ello sea preciso para garantizar el uso eficaz del espectro radioeléctrico, en cuyo caso y cuando el número de interesados en su obtención sea superior al de las licencias, éstas se otorgarán por un procedimiento de licitación (arts. 20 y 21 LGT)³¹.

³¹ Por el procedimiento del concurso público se han concedido seis licencias individuales de tipo C2 para el establecimiento y explotación de redes públicas fijas de acceso vía radio (tres en las bandas 3,4 a 3,6 GHz y tres en la banda 26 GHz) (Ordenes MF publicadas en BOE núm. 242, de 9-10-1999); por el mismo procedimiento se han otorgado cuatro licencias individuales de tipo B2 para el establecimiento de la red de telecomunicaciones necesaria y para la explotación del servicio de comunicaciones móviles de tercera generación (la vulgarmente conocida como “cuarta

El ámbito de las autorizaciones generales se define por exclusión. Se requerirá autorización general para la prestación de los servicios y para el establecimiento o explotación de las redes de telecomunicaciones que no precisen el otorgamiento de una licencia individual (art. 10 LGT). La Orden de Autorizaciones prevé tres categorías de autorizaciones generales, A, B o C (art. 3):

- Las autorizaciones generales de tipo A habilitan para el establecimiento o explotación de redes privadas para la prestación del servicio telefónico en grupo cerrados de usuarios³².

- Las autorizaciones generales de tipo B habilitan para el establecimiento o explotación de redes privadas, entendiéndose por tal, aquella que se utiliza para la prestación de servicios de telecomunicaciones no disponibles al público (anexo definiciones LGT);

- Las autorizaciones generales de tipo C habilitan para la prestación de servicios de transmisión de datos disponibles al público (ej. proveedor de acceso a Internet).

licencia de móviles”) (Orden MF de 10-11-1999, BOE núm. 270, de 11-11-1999); y también por concurso público se ha adjudicado una licencia individual de tipo B2 para el establecimiento de la red de telecomunicaciones necesaria y para la explotación del servicio telefónico móvil disponible al público, para comunicaciones con aeronaves (BOE núm. 127, de 28-5-1999).

³² El grupo cerrado de usuarios se define como el constituido por: a) una persona física o jurídica que utilice el servicio para sí misma, salvo que los servicios se presten dentro de una misma propiedad privada, no utilicen el dominio público radioeléctrico y no tengan conexión al exterior o que los servicios se establezcan entre predios de un mismo titular, no utilicen el dominio público radioeléctrico y cuya conexión se realice exclusivamente, a través de líneas susceptibles de arrendamiento; b) agrupaciones formadas por una Administración pública territorial de las relacionadas en el artículo 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la Administración institucional dependiente de cada una de ellas; c) un grupo de sociedades, entendiéndose éste en los términos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio; d) el formado por quienes desarrollen una actividad en común para las comunicaciones derivadas de su ejercicio; f) el formado por las empresas, sus filiales y empleados que trabajen fuera de la sede social, principales proveedores y clientes para las comunicaciones que desarrollen dentro de su actividad industrial y comercial (anexo de definiciones del RD 1651/1998, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el título II de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, en lo relativo a la interconexión y al acceso a las redes públicas y a la numeración).

Junto a estas tres categorías de autorizaciones generales, la Orden se refiere a las autorizaciones para la prestación de nuevos servicios o establecimiento o explotación de redes, que no haya sido objeto de regulación mediante la correspondiente Orden ministerial (arts. 14 LGT y 13-16 Orden de Autorizaciones). Éstas se solicitarán directamente al MCT, que podrá establecer condiciones para el desarrollo de la actividad solicitada.

Dentro del conjunto de los operadores, la normativa sectorial contempla la figura del operador dominante u “operador con poder significativo en el mercado”, en la terminología comunitaria³³. A pesar de la identidad terminológica, la figura del operador dominante es una categoría específica del Derecho de las Telecomunicaciones e independiente de la consideración de operador dominante por el Derecho de la Competencia³⁴. La figura del operador dominante es una pieza clave en el proceso de implantación de la competencia, especialmente en la etapa de tránsito. Su actividad se somete a un régimen específico distinto al previsto para el conjunto de los operadores³⁵. Este estatuto se caracteriza por la imposición de obligaciones específicas [v.gr. servicio universal (art. 38 y DT 3ª LGT); facilitar el acceso a su red en condiciones objetivas transparentes y no discriminatorias a todos los usuarios y prestadores de servicios que lo soliciten (art. 24 LGT) y obligaciones peculiares en materia de interconexión (art. 23 LGT)], así como por la sumisión de su actividad a un mayor control por la Administración (v.gr. aprobación de su OIR, presentación anual de cuentas desglosadas).

³³ Cfr. art. 4.3 Directiva 97/33/CE, de interconexión (DO L 199, de 26-7-1997); art. 2 Directiva 97/51/CE, relativa a líneas arrendadas, por la que se modifican las Directivas 90/387/CEE y 92/44/CEE (DO L 295, de 29-10-1997); art. 2.2.i Directiva 98/10/CE, sobre la aplicación de la oferta de red abierta (ONP) a la telefonía vocal y sobre el servicio universal de telecomunicaciones en un entorno competitivo (DO L 101, de 1-4-1998).

³⁴ Vid. Cap. Segundo, apdo. 3.3, A).

³⁵ Sobre el estatuto del operador dominante, véase ARPÓN DE MENDÍVIL, A., Y FIGUERA, C, “El Estatuto de los Operadores” en ARPÓN DE MENDÍVIL, A Y CARRASCO PERERA, A., (Directores), *Comentarios*, págs. 205-246.

4.2. Usuarios de telecomunicaciones.

Los *usuarios de telecomunicaciones* se definen como "los sujetos, incluidas las personas físicas y jurídicas, que utilizan o solicitan los servicios de telecomunicaciones disponibles para el público" (Anexo LGT). Se trata de una noción amplia de usuario que comprende tanto la categoría del abonado, persona física o jurídica que ha celebrado un contrato con el operador de redes y/o servicios de telecomunicaciones para acceder a la red o a la prestación del servicio de una forma continua, como la del usuario esporádico que hace un uso puntual de los servicios de telecomunicaciones, sin previa vinculación jurídica con el operador³⁶.

5. LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES.

No pretendo aquí realizar un estudio exhaustivo de la Administración de Telecomunicaciones, entendiendo por tal, el conjunto de órganos administrativos que ejercen funciones en el sector de las telecomunicaciones (otorgamiento de títulos, inspección y sanción de conductas ilícitas, salvaguarda de la competencia, funciones consultivas...etc.)³⁷. Mi propósito es más modesto. Se reduce a una breve referencia a la creación, composición y funciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sin perjuicio del ulterior estudio detallado de sus funciones en relación a la interconexión de redes y servicios públicos de telecomunicaciones³⁸.

³⁶ Las diversas categorías comprendidas en el concepto de usuario de la LGT se describen en CARRASCO, A., MENDOZA, A. E IGARTUA, F., "Los derechos de los usuarios de las telecomunicaciones" en CARRASCO PERERA, A. Y ARPÓN DE MENDÍVIL, A.(Directores), *Comentarios*, págs. 603-692, concr. pág. 605-607.

³⁷ Sobre la Administración de telecomunicaciones pueden consultarse los trabajos de CARRASCO, A., ARPÓN DE MENDÍVIL, A. Y CRESPO, M., "La Administración de las Telecomunicaciones" en ARPÓN DE MENDÍVIL, A. Y CARRASCO PERERA, A. (Directores), *Comentarios*, págs. 799-886; MERINO MERCHÁN, J.F., "La Administración de las Telecomunicaciones" en CREMADES, J. Y MAYOR MENÉNDEZ, P. (Coordinadores), *La Liberalización de las Telecomunicaciones en un Mundo Global*. La Ley-Actualidad - Ministerio de Fomento. Madrid, 1999, págs. 339-358.

³⁸ Para un estudio más extenso de la CMT vid. las obras sobre la Administración de

5.1. Creación, regulación y naturaleza jurídica.

Como ya he indicado, uno de los rasgos que han caracterizado los procesos de liberalización de sectores del mercado tradicionalmente cerrados a la competencia ha sido la creación de organismos autónomos, que controlan la aplicación del Derecho sectorial y salvaguardan la competencia en el sector. En la terminología utilizada por el Derecho comunitario de las telecomunicaciones, son las denominadas “Autoridades Nacionales de Reglamentación” (ANR), introducidas en los ordenamientos de los Estados miembros con distinta denominación: la *Regulierungsbehörde*, en Alemania; *l’Autorité de régulation des télécommunications*, en Francia; *L’ Autorità*, en Italia o la *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, en España. Estas entidades son el equivalente comunitario de otras figuras preexistentes en el Derecho anglosajón, concretamente la *Federal Communications Commission* (FCC), de Estados Unidos y la *Office of Telecommunications* (OFTEL), del Reino Unido³⁹.

La creación de tales entidades responde al fenómeno de la descentralización funcional de la Administración, cuyo objetivo es, “neutralizar” ciertos sectores económicos de la posible influencia de los distintos partidos políticos que se alternan en el poder. Esta Administración pretendidamente independiente y neutral salvaguarda la consecución de objetivos propios, al margen de la línea política imperante⁴⁰.

Telecomunicaciones citadas en la nota anterior, así como los trabajos de TORRE CAVIA, M., “La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones” en CREMADES, J. (Coordinador), *Derecho de las Telecomunicaciones*, La Ley, Madrid, 1997, págs. 1109-1146; BACH i MONTSERRAT, F., “La función reguladora de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones” en MERINO MERCHÁN, J.F. Y PÉREZ-UGENA, C. (Coordinadores), *Régimen de las telecomunicaciones*. Tecnos. Madrid, 1998, págs. 63-73; en la misma obra, PALMA FERNÁNDEZ, J.L., “La libertad de mercado y la defensa de la competencia en el mercado de las telecomunicaciones”, págs. 74-88; CARLÓN RUIZ, M., “La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”, *REDA* núm. 102, abril-junio, 1999, págs. 229-255; SALA ARQUER, J.M., *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*. Civitas. Madrid, 2000 y del mismo autor, “La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones” en ARNALDO ALCUBILLA, E. Y MONTEJO VELILLA, S., *Telecomunicaciones por Cable*. La Ley. Madrid, 2000, págs. 377-404.

³⁹ Para un estudio completo sobre las funciones y características de estas entidades de Derecho público me remito a la obra de TEROL GÓMEZ, R., *El control público de las telecomunicaciones. Autoridades reguladoras*. Tirant lo blanch. Valencia, 2000.

⁴⁰ Vid. TEROL GÓMEZ, R., *El control público...*, págs. 67-73 y bibliografía allí citada

Por otra parte, a través de estas entidades se trata de preservar la separación entre regulador y “regulados”, entre controlador y “controlados”⁴¹. Dicho de otro modo, la existencia de entes administrativos independientes garantiza que los agentes del mercado, en particular, las empresas que tradicionalmente han gozado de una posición monopolística, no emplean su poder económico para controlar los procesos de liberalización en favor de sus propios intereses.

En consideración a esta doble proyección del principio de neutralidad, - frente al poder político y frente a los propios agentes del mercado-, pero principalmente en orden a preservar la independencia de las empresas y a evitar la “captura del regulador”⁴², las Directivas comunitarias de liberalización del sector de las telecomunicaciones han exigido la creación, en cada Estado, de Autoridades regulatorias independientes o Autoridades Nacionales de Reglamentación (ANR)⁴³. En España, el RD Ley 6/1996, de 7 de junio, de Liberalización de las Telecomunicaciones, convertido posteriormente en su homónima Ley 12/1997, de 24 de abril⁴⁴, cumple este requerimiento del Derecho comunitario y crea la CMT.

sobre la “Administración independiente”.

⁴¹ Sobre este principio de separación vid. ARIÑO ORTIZ, G. y otros, *Principios de Derecho Público Económico*. Fundación de Estudios de Regulación Económica y Comares. Granada, 1999, págs. 553 y ss.; MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado I. Los fundamentos*. Civitas. Madrid, 1998, págs. 254 y ss; VILLAR ROJAS, F.J., “El principio de separación entre el regulador y los gestores como garantía de la Libre competencia. La sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de enero de 2000, sobre el Estatuto de ‘Correos y Telégrafos’”, *REDETI*, núm. 9, nov. 2000, págs. 141-153; TEROL GÓMEZ, R., *El control público...*, págs. 73-77.

⁴² Vid. Informe del TDC, *Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios*. Madrid, 1994, pág. 48.

⁴³ Cfr. los apdos. 28 y 29 de los Considerandos y los arts. 3 *quinquies* y 7 de la Directiva 90/388/CEE, de 28 de junio de 1990, de la Comisión relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones, sucesivamente modificada por las Directivas de la Comisión 94/46/CE, 95/51/CE, 96/2/CE, 96/19/CE y 99/64/CE y derogada con efectos a partir del 24 de julio de 2003 por la Directiva 2002/77/CE, de 16 de septiembre de 2002, relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (DO L 249, de 17-9-2002).

⁴⁴ BOE núm. 99, de 25-4-1997.

El régimen jurídico, la composición, las funciones, la contratación, el personal y el presupuesto de la CMT se rigen por la Ley 12/1997, modificada por Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia⁴⁵; por el texto refundido de la ley General Presupuestaria, aprobado por RD Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre y supletoriamente por en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) (art. 69 LGT). El régimen jurídico de la CMT se concreta por el RD 1994/1996, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la CMT (RCMT)⁴⁶, por la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba su Reglamento de Régimen Interior (RRI)⁴⁷ y por el RD 689/2000, de 12 de mayo, por el que se establece la estructura básica de los Ministerios de Economía y Hacienda⁴⁸. Con carácter supletorio, al ejercicio de sus potestades administrativas es aplicable la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAPC), modificada por Ley 4/1999 (arts. 1.Uno.II Ley 12/1997 y 2.1.II RCMT).

La CMT fue creada como una entidad de Derecho público de las comprendidas en el art. 6.5 de la Ley General Presupuestaria (arts. 1.Uno Ley 12/1997 y 1.1 RCMT). Dicho precepto quedó derogado por la LOFAGE (DD Única). Conforme a esta última norma, la CMT es un organismo público (art 43.2), dotado de independencia y adscrito al Ministerio de Economía, a través de la Subsecretaría de Economía [art. 3.1 b) RD 689/2000]. La CMT actúa con plena autonomía para el ejercicio de las funciones que la Ley le atribuye (art. 3 RCMT)⁴⁹.

⁴⁵ BOE núm. 311, de 29-12-1999.

⁴⁶ BOE núm. 232, de 25-9-1996.

⁴⁷ BOE núm. 87, de 11-4-1997.

⁴⁸ BOE núm. 115, de 13-5-2000.

⁴⁹ Para un estudio más detallado sobre la independencia y autonomía de la CMT cfr. TEROL GÓMEZ, R., *El control público...*, págs.66-99; CARLÓN RUIZ, M., *REDA*, núm. 102, págs. 246-255.

5.2. Estructura y composición.

La estructura orgánica de la CMT está integrada por dos órganos colegiados y dos unipersonales. Los órganos colegiados son el Consejo y el Comité Consultivo. Al primero corresponden funciones ejecutivas, al segundo funciones de asesoramientos. Los órganos unipersonales son el Presidente y el Vicepresidente.

Al Consejo corresponden el ejercicio de todas las funciones atribuidas a la CMT. Está compuesto por el Presidente, Vicepresidente y siete Consejeros. Son nombrados por el Gobierno, entre personas de reconocida competencia profesional relacionada con el sector de las telecomunicaciones y la regulación de los mercados. Los cargos se renovarán cada seis años, pudiendo los designados ser reelegidos por una sola vez. Todos los miembros del Consejo están sujetos al régimen de incompatibilidades de los altos cargos de la Administración (art. 1.Tres LLT y).

5.3. Funciones.

La CMT tiene por objeto salvaguardar las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, en beneficio de los ciudadanos y velar por la correcta formación de los precios en este mercado (art. 1.Dos. 1 Ley 12/1997).

Para la consecución de estos objetivos se atribuyen a la CMT distintas funciones o potestades, enumeradas por el art. 1.Dos.2 Ley 12/1997, con carácter de *numerus apertus* (cfr. art.1.Dos.2 Ley 12/1997, letra ñ). En síntesis, las potestades o funciones fundamentales de la CMT son las siguientes:

i) *Potestad normativa.* La CMT está habilitada para dictar instrucciones para las entidades que operen en el sector, denominadas “Circulares de la CMT” y vinculantes una vez publicadas en el BOE [arts. 1.Dos.2.f) LLT, en redacción dada por Ley 52/1999 y 20 RCMT].

ii) *Potestad sobre títulos habilitantes.* Salvo para la prestación de nuevos servicios de telecomunicaciones que requieran una habilitación específica (art. 14 LGT) o aquéllos que por estar su número limitado, se otorgan a través de un procedimiento de licitación (art. 20 LGT), corresponde a la CMT conceder títulos habilitantes para la prestación de servicios de telecomunicaciones [arts. 1.Dos.2, b) LLT y 18 y 19 LGT], interpretar sus condiciones [arts. 1.Dos.2.f), 3º LLT, en redacción dada por Ley 52/1999 y 79.16 LGT], informar sobre la modificación de sus condiciones (arts. 11 y 16.II LGT) y en su caso, revocar la concesión de dichos títulos [arts. 13, 19 y 82.1, A).II LGT].

También compete a la CMT llevar los Registros especiales de Titulares de Licencias Individuales y de Autorizaciones Generales, respectivamente (arts. 8 LGT y art. 1 RIN).

iii) *Potestades en relación al mantenimiento de la competencia, en particular respecto a la interconexión y acceso a las redes y servicios públicos de telecomunicaciones.* En general, corresponde a la CMT velar por la libre competencia en el mercado [art. 1.Dos.c) LLT]. Ha de adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta de servicios, el acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores, la interconexión de las redes y suministro de red en condiciones de red abierta y la política de precios y comercialización por los operadores de los servicios. Para ello, la CMT podrá dictar Circulares y deberá poner en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia los actos, acuerdos, prácticas o conductas de los que pudieran tener conocimiento en el ejercicio de sus atribuciones y que presenten indicios de constituir conductas prohibidas por el Derecho de la competencia. A tal fin, la CMT remitirá dictamen no vinculante de la calificación que merezcan los hechos [art. 1.Dos.2.f) LLT, en redacción dada por Ley 52/1999 y DA 7ª LGT].

En particular, en materia de interconexión de redes y servicios públicos de telecomunicaciones, corresponde a la CMT exigir la interconexión efectiva, si los obligados a ofrecerla no lo hicieran y en su caso, fijar las condiciones para su provisión (arts. 22.3 LGT y 2.2 RIN); limitar la obligación de interconexión (arts. 22.1.I y 22.7 LGT y 2.1.III RIN); exigir la modificación de los acuerdos de interconexión cuando su contenido pudiera amparar prácticas contrarias a la competencia o resulte preciso para garantizar la interoperabilidad de los servicios (arts. 22.2.II LGT y 2.6.III RIN); aprobar la OIR del operador dominante; poner los acuerdos de interconexión a disposición de terceros interesados (art. 22.6 LGT) y resolver, de forma vinculante y conforme a un procedimiento administrativo, los conflictos derivados de la interconexión de redes o de la interpretación y ejecución de los acuerdos de interconexión [arts. 1.Dos.2, e) LLT y art. 25 LGT, en redacción dada por Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social].

iv) *Potestad sancionadora.* La CMT está habilitada para sancionar las infracciones consistentes en el incumplimiento de las resoluciones o requerimientos dictados por ella misma [arts. 1.Dos.1, l) LLT y 84.1 LGT]. En los demás casos, su intervención se reduce a denunciar ante el MCT, la posible comisión de una infracción [art. 1.Dos.2.m) LLT].

v) *Potestad de resolver conflictos entre operadores.* Tales conflictos se resuelven por un acto administrativo, emitido conforme a un procedimientos administrativo, vinculante para los destinatarios y recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Dichos conflictos pueden suscitarse por la interconexión de redes y servicios públicos de telecomunicaciones, el acceso a redes ([arts. 1.Dos.2, e) LLT y art. 25 LGT, en redacción dada por Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social), el uso compartido de infraestructuras (art. 47.2 LGT) o el acceso y uso del espectro radioeléctrico [art. 1.Dos.2, e) II Ley 12/1997].

vi) *Función consultiva o de asesoramiento.* La CMT ha de asesorar al Gobierno en los asuntos concernientes al mercado y a la regulación de las telecomunicaciones, en particular en lo que pueda afectar al desarrollo libre y competitivo del mercado [cfr. arts. 1.Dos.2.j) LLT y 25 RCMT]. También la CMT resuelve las consultas planteadas por entes públicos o particulares en relación a las redes y servicios públicos de telecomunicaciones.

vii) *Función arbitral.* Aparte de su potestad pública de resolución de conflictos, la CMT puede resolver los conflictos entre operadores, siempre que estos se sometan al arbitraje de la Comisión. Sin perjuicio de ulteriores matizaciones, se trata de un arbitraje de Derecho privado regido por su normativa específica [arts. 1.Dos.2,a) LLT y 11-18 RCMT] y subsidiariamente, por la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje.

viii) *Otras funciones o potestades.* Tales como gestionar el espacio público de numeración [cfr. arts. 1.Dos.2, c) LLT y 30.2 y ss LGT]; requerir información a los operadores y en ocasiones, ponerla a disposición de terceros interesados a fin de salvaguardar la transparencia en el mercado (cfr. arts. 22.6, 26, 27, 28, 34.1, 34.2, 39.1.II y 39.3.V LGT) y cualesquiera otras que legal o reglamentariamente se le atribuyan o que le encomiende el Gobierno o el MCT [art. 1.Dos.2.ñ) LLT]⁵⁰.

Los actos administrativos de la CMT adoptan la forma de “resoluciones”. Decisiones estructuradas formalmente en tres partes: exposición de hechos; fundamentación jurídica, que incluye una justificación de la habilitación competencial de la CMT y por último, resuelve⁵¹.

⁵⁰ El art. 35.2 LGT ha sido modificado por la Ley 14/2000, de modo que no corresponde a la CMT, -sino al MCT-, la función de control del cumplimiento de las obligaciones de servicio público.

⁵¹ Las resoluciones de la CMT son publicadas semanalmente en la página *web* de la Comisión: <http://www.cmt.es>.

Las disposiciones y resoluciones que dicte la CMT en el ejercicio de sus funciones públicas ponen fin a la vía administrativa y son recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 1.Ocho.I Ley 12/1997 y art. 3.2 RCMT).

CAPÍTULO II

LA OBLIGACIÓN DE INTERCONEXIÓN

1. INTRODUCCIÓN: RELEVANCIA DE LA INTERCONEXIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La interconexión es una institución jurídica capital del Derecho de las Telecomunicaciones. La necesidad de interconexión en este sector, como en otros en los que la prestación del servicio se basa en la existencia de redes (sector eléctrico, gas, hidrocarburos...), nace de la política de liberalización y transición a la competencia de los sectores en régimen de monopolio⁵². Si coexisten pluralidad de redes y servicios, es necesaria su interconexión para evitar que las redes o los servicios, a los que aquéllas sirven de soporte, queden aislados.

Desde una perspectiva técnica, la interconexión resulta imprescindible. No es un fin en sí misma, sino un medio para que los usuarios o clientes de cualquier operador de telecomunicaciones puedan comunicarse con los usuarios de otro operador (*interoperabilidad* de redes y servicios de telecomunicaciones), así como para facilitar el acceso del usuario a los diversos servicios que se prestan a través de una misma red, ya sea por el mismo operador que facilita el acceso a red o por un tercero. El objetivo último de la política de telecomunicaciones es lograr una red universal de comunicaciones capaz de intercambiar cualquier tipo de información con cualquier usuario, independientemente de su localización geográfica o de la tecnología utilizada. La interconexión permite que los usuarios se conecten a una red a través de la infraestructura física, pero que se abonen a uno o más servicios prestados a través de esa red⁵³.

⁵² Sobre la necesidad de interconexión v. MÄRKL, P.N., *Netzzusammenschaltung in der Telekommunikation*. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden, 1998, págs. 43-45; CREMADES, J. Y GARCÍA MARTÍNEZ, A., “Algunos aspectos clave de la interconexión entre redes” en MERINO MERCHÁN, J.F. Y PÉREZ-UGENGA Y COROMINA, M. (Coord.), *Curso de Derecho de las Telecomunicaciones*. Dykinson. Madrid, 2000, págs. 85-104, concr. pág. 85; así como, CARRASCO A. Y MENDOZA A.I., “Interconexión y acceso a redes”, págs. 461-541, concr. págs. 461 y 462 y bibliografía allí citada.

⁵³ Ya antes del inicio del proceso liberalizador, el legislador fue consciente de la necesidad de asegurar “la coordinación e interconexión de las redes de telecomunicaciones e infraestructuras

Desde una perspectiva jurídico-económica, la regulación del derecho y la obligación de interconexión es clave en el proceso de instauración de la competencia efectiva en el sector de las telecomunicaciones y en la construcción del mercado único europeo⁵⁴. Antes de la liberalización, la interconexión de las redes de telecomunicaciones explotadas por un único operador en régimen de monopolio era un instrumento imprescindible para permitir la comunicación transfronteriza. Los operadores monopolistas de los diversos Estados interconectaban sus redes para garantizar el servicio telefónico internacional. En este contexto, en el que los mercados estaban perfectamente “blindados” en favor de los respectivos monopolios y en el que la interconexión satisfacía una necesidad común a todos ellos, ni su regulación, ni su negociación ofrecía especiales problemas. La liberalización cambia radicalmente este contexto, convirtiendo a la interconexión en piedra angular del sistema de telecomunicaciones en competencia, que, como tal, demanda una regulación específica.

El problema de la interconexión trae causa en el pasado inmediato de las telecomunicaciones. El régimen en el que hasta ahora se han explotado las redes de telecomunicación (monopolio natural), exige que se obligue al operador tradicional a facilitar la interconexión a su red. De otro modo, no la permitiría, pues ello implica “allanar” el camino a sus competidores. Tras la liberalización, los monopolistas que explotaban todos los servicios de telecomunicación, han adquirido la condición de “competidores” en un mercado liberalizado en el que cuentan con una posición de partida ventajosa respecto al resto de competidores: disponen de una red, -la única red existente hasta ahora-, desarrollada a lo largo de los amplios períodos en los que han disfrutado de concesiones en régimen de exclusiva y, en gran parte, subvencionada con fondos públicos, a la que se deben interconectar las redes de los nuevos operadores; disponen de una sólida base de clientes, que sólo ejercerán su derecho a cambiar de operador de servicios, si

existentes”, que deben aparecer ante el usuario “como una red integrada, independientemente de que exista más de una entidad que lo preste” (art. 28.2 Ley 31/1987, de Ordenación de las Telecomunicaciones).

⁵⁴ Resolución del consejo de 7 de febrero de 1994. DOCE núm. C 48 de 16 de febrero de 1994, pág. 1.

encuentran en los competidores ventajas comparativas. En estas condiciones, el operador tradicional ostenta una posición especialmente propicia para la adopción de comportamientos anticompetitivos tendentes a obstaculizar, cuando no a impedir, el acceso al mercado de nuevos operadores. Ello justifica la intervención del regulador obligando a facilitar la interconexión y estableciendo un régimen jurídico peculiar para los acuerdos de interconexión celebrados con el operador dominante⁵⁵.

La necesidad de garantizar la interoperabilidad de redes y servicios de telecomunicaciones y de implantar un sistema de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones ha justificado la configuración de la interconexión como obligación legal y su consideración como cuestión de interés público⁵⁶, sin perjuicio de los intereses empresariales de los operadores. En la mayoría de los ordenamientos en los que se ha implantado o se está implantando un sistema de telecomunicaciones liberalizado, se impone a los operadores de redes y servicios de telecomunicaciones la obligación de interconexión⁵⁷.

⁵⁵ De la relevancia de la regulación de la interconexión para el fortalecimiento de la competencia en el mercado de las telecomunicaciones, dan cuenta las siguientes palabras de la CMT: “Difícilmente podremos conseguir que los usuarios españoles dispongan de diversas y variadas ofertas sin que los operadores se interconecten entre sí, en especial con el operador que más abonados directos tiene: Telefónica; [...] cabe señalar que un operador entrante no estará en disposición de empezar a prestar sus servicios hasta tanto la interconexión con los demás operadores, al menos con Telefónica, sea efectiva. Esto es, todo el esfuerzo de adopción y publicación de la legislación sectorial estableciendo las condiciones o reglas del juego bajo las que se ha de desarrollar la competencia en el sector de telecomunicaciones sería baldío sin la interconexión efectiva de los operadores entrantes con Telefónica” (Resolución de 29-4-1999, para adoptar medidas cautelares en el procedimiento abierto en relación con la solicitud de intervención presentada por *BT Telecomunicaciones, S.A.* en relación con el conflicto suscitado sobre la interconexión entre su red y la de *Telefónica, S.A.*, Fundamentos de Derecho).

⁵⁶ Afirma la CMT que “el interés público requiere que los operadores habilitados para prestar los servicios de telecomunicaciones interconecten sus redes de suerte que un usuario, cualquiera que sea el operador que le ofrece el acceso directo o bucle de abonado, pueda establecer comunicación con cualquier abonado de otro operador o acceder a los servicios de telecomunicaciones que ofrecen otros operadores. Y todo ello lo antes posible.

⁵⁷ Las discrepancias radican en el contenido de esta regulación. Una vez establecida la obligación de interconexión, surgen cuestiones tales como, ¿dónde?, ¿a qué precio?. La mayoría de las legislaciones se remiten para la regulación de estas cuestiones a normas reglamentarias estableciendo condiciones mínimas, a fin de evitar que el operador tradicional abuse de su posición (ej. la Ley de Telecomunicaciones Norteamericana de 1996), si bien no falta quien piensa que es preferible sustraer estas cuestiones de cualquier regulación y dejar su solución a los acuerdos privados. Es el caso de Nueva Zelanda que ha optado por dejar la regulación de la interconexión a la entera negociación de las partes, corregida por los mecanismos habituales que proporciona el Derecho de la Competencia.

Como pronóstico para un futuro aún lejano, cabe pensar que la imposición coactiva de la obligación de interconexión tenderá a remitir a medida que se desarrollen nuevas redes y se equiparen las cuotas de mercado de los diversos operadores. Pues en tales condiciones, la interconexión será un bien apreciado por todos los operadores. Por el incremento de valor que experimenta la red a medida que aumenta su tamaño (externalidad⁵⁸), la necesaria interoperabilidad de los servicios y la especialización del mercado, los diversos operadores tendrán interés en alcanzar la interconexión para llegar al mayor número de usuarios, evitar el aislamiento de las redes y en su caso, centrar su actividad en ciertos sectores del mercado (vgr. el suministro de red de acceso).

2. RÉGIMEN JURÍDICO-POSITIVO.

La Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones⁵⁹ dedica el Capítulo IV del Título II (arts. 22 a 29) a la regulación de la interconexión y acceso a redes y define la interconexión en su anexo de definiciones (apdo. 11º). El texto legal ha sido desarrollado por el RD 1651/1998, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla su Título II en lo relativo a la interconexión y al acceso a las redes públicas y a la numeración (en adelante, Reglamento de Interconexión o RIN)⁶⁰. Estas normas transponen a nuestro ordenamiento la Directiva 97/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30

⁵⁸ Se considera que una red tiene externalidades cuando cada nuevo usuario que se añade a la red incorpora un valor creciente al resto de abonados, por la posibilidad que tienen de comunicarse con uno nuevo y compartir información. La externalidad requiere interconectar en ambos sentidos a diversos usuarios mediante cables u ondas. De los beneficios económicos de la interconexión da cuenta R. KELLER, quien partiendo del principio de que "una red de telecomunicaciones alcanza más valor para los usuarios cuanto más universal es", es decir, cuando cada usuario tiene acceso potencial al mayor número de usuarios (externalidad de la red), propone la interconexión como medio para lograr que las nuevas redes se desarrollen hasta su potencial máximo, ya que permite aumentar el número de clientes de todas las redes. Textualmente, argumenta el citado autor: "En telefonía, una red grande vale más que varias pequeñas porque cada cliente tiene acceso a más comunicantes. El tamaño crea valor. Sin embargo, una red grande se convierte en monopolio si la opera un solo suministrador. [...]. Sin embargo, la interconexión puede resolver la paradoja mediante la integración de redes pequeñas en una sola red a la vez que se descentraliza el poder económico. La interconexión puede por lo tanto aumentar el bienestar social" (R. KELLER, "Las Telecomunicaciones: del monopolio a la competencia", *ICE*, núm. 740, abril 1995, pág. 37).

⁵⁹ BOE núm. 99, de 25-4-1998.

⁶⁰ BOE núm. 181, de 30-7-1998.

de junio de 1997, relativa a la interconexión en las telecomunicaciones en lo que respecta a garantizar el servicio universal y la interoperabilidad mediante la aplicación de los principios de la oferta de red abierta (ONP)⁶¹, modificada por Directiva 98/61, en lo que se refiere a la portabilidad de los números entre operadores y la preselección de operador⁶². La regulación se completa con sendas Ordenes del MF de 22 de septiembre de 1998 por las que se establece el régimen aplicable a las licencias individuales para servicios y redes de telecomunicaciones y las condiciones a cumplirse por sus titulares (en adelante, Orden de Licencias Individuales) y el régimen aplicable a las autorizaciones generales para servicios y redes de telecomunicaciones y las condiciones que deben cumplirse por sus titulares (Orden de Autorizaciones)⁶³. Subsidiariamente y en defecto de previsión expresa por la normativa sectorial, la obligación legal de interconexión se regirá por el Derecho común (arts. 1090 y 4.3 CC). En particular, las disposiciones del Libro Cuarto del Código Civil relativas a las obligaciones.

El legislador español impone a los titulares de redes públicas de telecomunicación la *obligación* "de facilitar la interconexión de éstas con las de todos los operadores del mismo tipo de redes y servicios telefónicos disponibles al público, que lo soliciten" (art. 22.1 LGT); reconociendo a tales operadores el derecho a negociar libremente acuerdos de interconexión (art. 22.2 LGT).

⁶¹ DOCE L 199, de 26-7-1997.

⁶² Estas Directivas han sido derogadas por la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco) DOCE L 108, de 24-04-2002; y sustituidas por la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva acceso) DOCE L 108 de 24-04-2002, ambas pendientes de transposición en nuestro Ordenamiento, mediante la reforma de la LGT (Proyecto de Ley 121/000133 General de Telecomunicaciones, BOCG núm. 133-1, de 14-3-2003). Las reformas que introducen las nuevas Directivas y el Proyecto de Ley para su transposición se orientan a la flexibilización del Derecho sectorial de las telecomunicaciones y a su progresiva sustitución por el Derecho general de la Competencia; habilitan a las Autoridades Nacional de Reglamentación para la realización de análisis periódicos sobre la situación de la competencia en los distintos mercados, imponiendo o suprimiendo obligaciones específicas de los operadores en función de dicha situación. Con todo, tales reformas no afectan a la relación de interconexión en cuanto relación de Derecho privado de trascendencia pública, objeto de este estudio

⁶³ Ambas en BOE núm. 231, de 26-9-1998. El texto actualizado de las normas enumeradas y otras relevantes para el estudio de la interconexión se acompañan como "Anexo de legislación" a este estudio.

Asimismo, tendrán derechos y obligaciones de interconexión los operadores de servicios de telecomunicaciones disponibles al público respecto de los que así se haya establecido su título habilitante (art. 2.1.II RIN)⁶⁴.

Cuando los operadores no hayan interconectado sus redes, habiéndose agotado las posibilidades de alcanzar un acuerdo y siempre que lo exija el interés público, la CMT podrá exigir la interconexión efectiva (art. 22.3 LGT y 2.2 RIN). Así, en virtud del artículo 22.1, los operadores de redes y servicios públicos de telecomunicaciones están recíprocamente obligados a interconectar y facilitar la interconexión de sus redes y servicios; o en otros términos, “tendrán derechos y obligaciones de interconexión” (art. 2.1.II RIN)⁶⁵. Cuando medie un acuerdo o resolución de la CMT que exija la interconexión, esta obligación legal se convierte en una obligación sinalagmática, de resultado, que tiene por objeto una prestación de hacer técnico (la interconexión).

Esta prestación de hacer técnico es una prestación compleja, y de “uso útil”⁶⁶. El proveedor de interconexión ha de mantener al otro operador en el uso útil y continuado de la red y ambos operadores están obligados al cumplimiento de deberes de diversa índole. Sin perjuicio del acuerdo de las partes, estos deberes son los siguientes: *i) deberes de hacer técnico*, tales como el de configurar y

⁶⁴ Se observa que la definición de los sujetos con derechos y obligaciones de interconexión no es plenamente coincidente en la LGT y en el RIN. No analizaré aquí ni los sujetos con derechos y obligaciones de interconexión, ni la ampliación del ámbito subjetivo de la obligación derivada del RIN. Para todo ello me remito a mi trabajo realizado en colaboración con el profesor CARRASCO PERERA, “Interconexión...”, págs. 472 a 478.

Para abreviar, a lo largo de este estudio y salvo que sea necesaria la distinción entre (titulares de redes y operadores de servicios), me referiré en general a “operadores”.

⁶⁵ Adviértase desde ahora que los términos “obligación” y “derechos” de interconexión se utilizan aquí en un sentido no técnico. Los epígrafes 4 y 5 de este Capítulo se dedican a precisar cual es el verdadero alcance de esta obligación y la naturaleza jurídica del derecho de interconexión.

⁶⁶ Sobre este tipo de prestaciones véase CARRASCO PERERA, A., “La obligación del arrendador de mantener al arrendatario en la posesión útil de la cosa arrendada. (A propósito de la STS de 28 de octubre de 1985)”, Poder Judicial, núm. 1, marzo 1986, págs. 71-83.

mantener la red en condiciones aptas para la interconexión (cfr. arts. 5.8, 27.1.3 y 30.4 OL); adoptar en la red las especificaciones técnicas impuestas por la normativa vigente (cfr. arts. 29 LGT y 5 RIN); desplegar un número mínimo de puntos de interconexión [cfr. arts. 24,a), 27.2.2 OL y 9.3 RIN, para operador dominante] o implantar en la red las facilidades de selección y preasignación de operador (cfr. arts.17, 20 y 21 RIN y normas que los desarrollan⁶⁷); ii) deberes de no hacer o abstenerse de realizar en la red cualquier actuación que dificulte o impida la conexión; iii) deber de suministro de información técnica [cfr. arts. 2.4.III, 8.1.d) y 9.1.II RIN] y el deber accesorio de confidencialidad (art. 2.5 RIN).

Los precios de interconexión serán pactados libremente entre los operadores y en defecto de acuerdo, podrá fijarlos la CMT.

Sólo sobre los operadores dominantes recae el deber de proveer interconexión a precios orientados a costes (arts. 26 LGT, 9.6, 10 y 13 RIN)⁶⁸.

⁶⁷ V. Resolución de 4-11-1999, de la Presidencia de la CMT, por la que se hace pública la Circular 1/1999, de 4 de noviembre, de la CMT, sobre la implantación de la preasignación de operador por los operadores dominantes en el mercado de redes públicas de telecomunicaciones fijas (BOE núm. 270, de 11-11-1999); Orden del MCT de 6-11-2000 por la que se establece transitoriamente un mecanismo de preasignación de operador para las llamadas metropolitanas (BOE núm. 267, de 7-11-2000); Resolución de 30 de noviembre de 2000, de la Presidencia de la CMT, por la que se hace pública la Circular 1/2000, de 30 de noviembre, de la CMT, sobre la habilitación de procedimientos para la preselección de comunicaciones de ámbito metropolitano (BOE núm. 298, de 13-12-2000).

⁶⁸ La CMT ha aprobado las normas para que *Telefónica* y los demás operadores declarados dominantes lleven una contabilidad analítica de costes, cfr. Resolución de 15-7-1999, por la que se aprueban los principios, criterios y condiciones para el desarrollo del sistema de contabilidad de costes; Resolución de 16-9-1999, expdte. AJ 1999/1304, por la que se resuelve el recurso potestativo de reposición interpuesto por *Telefónica de España, S.A.U.*, contra la resolución de 15 de julio de 1999 sobre los principios, criterios y condiciones para el desarrollo del sistema de contabilidad de costes” y la Resolución de 15-6-2000, por la que se aprueba la propuesta de sistema de contabilidad de costes de *Telefónica de España, S.A.U* para el ejercicio 1999 y sucesivos.

Ya he tratado en otro lugar el tema de los precios de interconexión (v. CARRASCO PERERA y MENDOZA LOSANA, “Interconexión...”, págs. 492-506). Por ello y no por menospreciar la relevancia del tema, no incidiré aquí sobre la cuestión y me remito al citado trabajo para el análisis de los criterios de regulación, los principios o los componentes del precio, entre otras cuestiones. Sobre precios de interconexión también pueden verse los trabajos de DIAZ DE RÁBAGO MAZÓN, P., “El servicio universal, la interconexión y el desarrollo de la sociedad de la información”, en CREMADES, J. Y MAYOR MENÉNDEZ, P., *La Liberalización de las Telecomunicaciones en un Mundo Global*. La Ley-Ministerio de Fomento. Madrid, 1999, págs. 282-289, concr. págs. 286 y 287; en esta misma obra, KNAUER, L.T., BORK, S.J., SÁNCHEZ PINTADO, E., NÚÑEZ LUQUE, I., “Panorama de la interconexión, de los precios de la interconexión y del servicio universal en España y en los Estados Unidos”, págs. 705-731; y de

Éstos forman parte de su Oferta de Interconexión de Referencia y son aprobados por la Administración con carácter de máximos (arts. 28 LGT, 11, 12 y DT 2ª RIN)⁶⁹.

El Gobierno está legalmente habilitado para fijar, mediante reglamento, condiciones mínimas de interconexión (cfr apdos. 2 y 7 art. 22 LGT).

La interconexión puede observarse desde una doble perspectiva: interconexión en cuanto derecho-obligación de los operadores de telecomunicaciones e interconexión en cuanto contrato que disciplina la relación jurídica entre los operadores interconectados. Al examen de algunas de las peculiaridades del acuerdo de interconexión se dedica el Capítulo III. Ahora analizaré la interconexión en cuanto obligación, en particular, las fuentes de la obligación de interconexión y la naturaleza del derecho subjetivo de interconexión (*infra* 5). Pero antes es conveniente delimitar el concepto de interconexión y su distinción de otras figuras afines, en concreto el acceso a redes (*infra* 3) y exponer las distintas acepciones de la expresión “obligación de interconexión” utilizada en los textos normativos y no siempre en el mismo sentido (*infra* 4).

CREMADES, J. Y GARCÍA, A., “Acuerdos de interconexión, cables submarinos y acceso a redes”, en la obra que se acaba de citar, págs. 271-281, concr. págs. 275 a 281; “Algunos aspectos clave de la interconexión entre redes”, en MERINO MERCHÁN, J.F. Y PÉREZ-UGENA Y COROMINA, M.(Coord), *Curso de Derecho de las Telecomunicaciones*. Dykinson. Madrid, 2000, págs. 85-104.

⁶⁹ La primera OIR de Telefónica fue aprobada por OMF de 29-10-1998 por la que se aprueba la OIR formulaba por Telefónica con las modificaciones introducidas por la CMT (BOE núm. 261, de 31-10-1998); modificada por Resolución CMT de 25-5-2000 (BOE núm. 144, de 16-6-2000); mod. por Orden del Ministerio de la Presidencia de 31-10-2000 por la que se dispone la publicación del acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos por el que se modifica la oferta de interconexión de referencia de “Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal”, en virtud del artículo 6 del RD-ley 7/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes en el Sector de las Telecomunicaciones (BOE núm. 262, de 1-11-2000) (modificación de precios de interconexión). Actualmente, está vigente la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica de España, S.A.U. (OIR 2001) para operadores con licencia individual de tipo “A, B y C”, aprobada por Resolución CMT de 9 de agosto de 2001, con las modificaciones introducidas por las Resoluciones de 17 de enero de 2002 en lo referente a servicios de red inteligente, de 21 de febrero de 2002, sobre los precios de servicios de interconexión de líneas alquiladas, y de 27 de junio de 2002, sobre servicios de tránsito a numeraciones 908 y 909.

3. CONCEPTO MATERIAL DE INTERCONEXIÓN.

Antes de examinar algunas de las cuestiones jurídicas que plantea la interconexión, se hace preciso analizar, siquiera someramente y sólo en cuanto sea necesario para comprender su significación jurídica, el concepto material de interconexión y su distinción de otras figuras afines reguladas por el Derecho de las telecomunicaciones, en particular el acceso a redes de telecomunicación.

3.1. La definición del Anexo de la LGT.

El concepto material de interconexión se formula en el anexo de definiciones de la LGT, que transpone al ordenamiento nacional la definición de la Directiva de interconexión (art. 2.1.a). Se define la interconexión como "la conexión física y funcional de las redes de telecomunicaciones utilizadas por el mismo o diferentes operadores, de manera que los usuarios puedan comunicarse entre sí o acceder a los servicios de los diferentes operadores. Estos servicios pueden ser suministrados por dichos operadores o por otros que tengan acceso a la red"⁷⁰. La Ley añade una segunda parte a la definición que no se contiene en la Directiva de interconexión y que tampoco se recogerá en la nueva Ley General de Telecomunicaciones⁷¹: "La interconexión comprende, asimismo, los servicios de acceso a la red suministrados con el mismo fin, por los titulares de redes públicas de telecomunicaciones a los operadores de servicios telefónicos disponibles al público"⁷².

⁷⁰ Esta noción de interconexión es común a todos los textos normativos que han afrontado su regulación. Cfr. el Cuarto Protocolo Anexo al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios en materia de Telecomunicaciones ratificado por la Unión Europea (BOE nº 48, de 25-2-1998); § 3 (24) de la Ley alemana de Telecomunicaciones; art. 32.9º del Code des postes et télécommunications francés; art. 1.ab) del Regolamento per l'attuazione di direttive comunitarie nel settore delle telecomunicazioni (aprobado por Decreto núm. 318, de 19-9-1997). En similares términos se pronuncia la Directiva 2002/19 y el Proyecto de reforma de la Ley General de Telecomunicaciones.

⁷¹ Anexo 2, apdo. 14 del ya citado Proyecto de Ley 121/000133.

⁷² Sólo en el ordenamiento francés se observa una idéntica ampliación del concepto de interconexión con respecto al formulado en la Directiva de Interconexión (art. 32.9º.II *del Code des postes et télécommunications français*).

En síntesis, la interconexión material (conexión física y funcional) se configura como una prestación compleja, objeto de la obligación de interconexión,

integrada a su vez por distintas prestaciones de dar, hacer, no hacer o soportar y cuya virtualidad práctica es la de facilitar la interoperabilidad entre los distintos servicios públicos de telecomunicaciones y la de permitir a los usuarios acceder a servicios prestados por operadores distintos a aquél que ofrece el acceso físico a la red, mediante sistemas de selección o preselección.

De la definición legal se deducen las notas identificativas que seguidamente se exponen.

1. *La interconexión es una conexión física y funcional de las redes de telecomunicación*⁷³. En el concepto clásico de interconexión, es presupuesto básico de la misma la pluralidad de redes. Se habla de interconexión de redes fijas, móviles, así como de interconexión entre red fija y móvil. De existir una única red a través de la que prestan servicios diferentes operadores, se estará ante otras figuras, que igualmente implican un uso de la red ajena (acceso a red, arrendamiento de circuitos...), pero no ante una interconexión. Sin perjuicio de lo que después se dirá respecto a la ampliación de esta noción clásica de interconexión, el legislador español opta también por una definición de la interconexión sustentada en la pluralidad de redes ("conexión...de las *redes* de telecomunicación").

En función del grado de autonomía de las redes, la interconexión presenta distintas variantes⁷⁴:

⁷³ Para un análisis de los conceptos de interconexión física y funcional, véase CASTEJÓN, MARTÍN, L., "Nomenclatura...", págs 88 y 89. Baste aquí indicar que la interconexión requiere una infraestructura física soporte de la transmisión de la señal y de otra lógica soporte de la señalización y encaminamiento.

⁷⁴ Se sigue aquí parcialmente la clasificación propuesta por CASTEJÓN MARTÍN, L., "Nomenclatura...", págs. 86 y 87. El citado autor considera como una modalidad de interconexión el acceso al bucle de abonado, sin pasar por la central local de conmutación, recogiendo el tráfico

i) Interconexión entre operadores con red propia completa (red de tránsito y red de acceso). Esta definición representa la concepción clásica de la interconexión y era la modalidad existente en la etapa anterior a la liberalización: los diversos operadores nacionales, que prestaban servicios en régimen de monopolio, se interconectaban entre sí para facilitar la comunicación internacional. Tras la liberalización, la necesidad de aprovechar las economías de escala y los elevados costes de despliegue de nuevas redes alternativas hacen que sólo residualmente aparezca este concepto puro de interconexión⁷⁵;

ii) Interconexión entre un operador con red completa y otro con red únicamente de tránsito. Es la modalidad de interconexión más frecuente tras la liberalización del mercado. Los elevados costes de inversión que exige el despliegue de red de acceso conduce a los operadores entrantes a proveerse únicamente de red de tránsito y a prestar servicios exclusivamente en el mercado de llamadas de larga distancia, “interconectándose” a la Red Telefónica Básica (RTB) explotada por el operador tradicional, que es, con carácter general, el único que posee una red completa)⁷⁶.

en el repartidor de entrada a la misma; aquí no se hace mención a esta modalidad de interconexión porque el regulador la ha dotado de un régimen propio bajo el concepto de acceso indirecto al bucle de abonado [inicialmente, por Orden del MF de 26-3-1999; posteriormente derogada por RD 3546/2000, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones para el acceso al bucle de abonado de la red pública telefónica fija de los operadores dominantes (BOE núm. 307, de 23-12-2000)].

⁷⁵ Sólo en zonas económicamente rentables (grandes ciudades), los operadores estarán dispuestos a desplegar sus propias redes completas, limitándose en el resto a ser meros prestadores de servicios, o a lo sumo, desplegar red de tránsito, que se interconecta a la red del operador tradicional. Junto a esto, la tendencia a la especialización del mercado (aparición de “operadores de nicho” especializados en ciertos sectores del mercado de redes y/o servicios) potenciará un nuevo concepto de interconexión.

⁷⁶ La interconexión más frecuente en esta nueva fase pasa por la combinación de los recursos del operador tradicional con los de los nuevos operadores. Según este esquema, el operador que facilita interconexión (v.gr. *Telefónica*) entrega en la red del nuevo operador (X) la señal iniciada en su red de acceso (usuario llamante conectado a la red de *Telefónica*); X la transporta por su red de tránsito y la encamina por sus centrales de conmutación hacia el punto de terminación de la llamada conectado a la red de acceso de *Telefónica* o de otro operador Y, -para que éste termine la llamada en el punto de terminación de red al que se conecta el terminal del usuario llamado- o directamente, al punto de terminación de red conectado al terminal del usuario llamado, si es que X prestara acceso a este último. Los mecanismos de acceso indirecto (selección o marcación de códigos llamada a llamada y preasignación) permiten al usuario optar por cursar la llamada a través de la red (de tránsito) del nuevo operador. Así, la utilización de las facilidades de interconexión de la red de *Telefónica*, combinadas con sus propios medios, permite al nuevo operador perfeccionar la conexión de extremo a extremo (cfr. res. CMT de 9-6-1999, contestación a las consultas formuladas por UNI 2, RSLCOM e *Interterminal* sobre puntos de interconexión, concepto de transporte real y eficiente y régimen de prestaciones y contraprestaciones en los

iii) Interconexión de operadores de servicios carentes de red. Pueden existir operadores que ofrezcan servicios telefónicos a los usuarios y sin embargo, carezcan de red en cualquiera de sus tramos⁷⁷. También a tales operadores se les reconoce un derecho/obligación de interconexión. No es que el nuevo Derecho de las Telecomunicaciones articule una nueva modalidad de interconexión, “la interconexión sin red”. En puridad, lo que se reconoce a los operadores carentes de red es el derecho a la interconexión de la red que sustenta tal servicio, de la que el operador en cuestión es usuario y no titular (cfr. art. 23.2 Orden de Licencias⁷⁸). Se mantiene pues la identidad de la interconexión como “conexión de redes”.

La interconexión entre las redes se realiza en el denominado punto de interconexión, lugar físico que aglutina elementos diversos (edificio, equipos de transmisión, *software* de señalización...) y donde se produce el intercambio de tráfico con origen o destino en las redes interconectadas (encaminamiento de la señal)⁷⁹. En función del tipo de central (o nodo de conmutación) en el que se sitúe el punto de interconexión, cabe hablar de distintos niveles de interconexión (a nivel local, de tránsito simple y de tránsito doble)⁸⁰.

servicios que involucra la interconexión).

⁷⁷ Cfr. CASTEJÓN MARTÍN, L. y MACHOTA J.L., “La interconexión: vía fundamental para la plena competencia y el despliegue de infraestructuras”, *BIT*, núm. 107. Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicación (<http://www.iies.es/teleco/bit>).

⁷⁸ El precepto citado reconoce a los titulares de licencias tipo A (habilitan para la prestación del servicio telefónico fijo disponible al público, pero no para el establecimiento de red propia) el derecho de “*interconexión de la red que soporta la prestación del servicio* con las de los titulares de redes públicas...”.

⁷⁹ La OIR de *Telefónica* define el punto de interconexión (PdI) como “lugar físico donde se interconectan las redes de *Telefónica* y del Operador para intercambiar flujos de tráfico conmutado a nivel de 2 Mbits/s, si el PdI es eléctrico, o a nivel de señal óptica de la Jerarquía Digital Síncrona si el PdI es óptico, sirviendo de límite para el establecimiento de responsabilidades de *Telefónica* y el Operador” (apdo. 7.1). Sobre el concepto, características y componentes del punto de interconexión v. CASTEJÓN MARTÍN, L., “Nomenclatura...”, pág. 87; sobre los distintos métodos de interconexión en función del tipo y ubicación de los puntos de interconexión v. CREMADES y GARCÍA MARTÍNEZ, “Algunos aspectos...” (págs. 92 y 93). También es ilustrativa la resolución de la CMT de 9-6-1999 (SC 10, 22 y 27/99), emitida en respuesta a la consulta formulada por diversos operadores de telecomunicaciones acerca de los puntos de interconexión.

⁸⁰ A *nivel local*, los operadores se interconectan en centrales locales autónomas para los

Desde una perspectiva jurídica, el punto de interconexión es el punto que sirve de límite para el establecimiento de responsabilidades entre los operadores interconectados.

La LGT contempla la posibilidad de que la conexión física se realice en los propios locales del titular de la red pública a la que se solicite o bien por líneas de interconexión, en los términos que se determinen reglamentariamente (art. 22.5 LGT). Nada establece el RIN acerca de esta posibilidad y por ello, se dejará al libre acuerdo de las partes.

Ciertamente la interconexión es una conexión, pero sería erróneo asociarla con la mera unión de las redes. Las redes de telecomunicaciones se componen de una diversidad de recursos materiales (necesitan cables, edificios, antenas) e inmateriales (utilizan ondas radioeléctricas, señales de todo tipo, *software* informático) y su interconexión exige compartir tales recursos.

Más que una mera conexión, la interconexión es un conjunto complejo de prestaciones recíprocas⁸¹, que comprende un paquete integrado de *hardware*,

abonados cuya numeración dependa de dicha central. El operador que provee la interconexión no realiza ninguna conmutación porque la llamada se entrega o se recibe, -según se trate de servicio de acceso o terminación, respectivamente-, directamente en la central de la que depende el usuario. Es la interconexión más económica porque se minimiza el uso de recursos de red del operador que facilita la interconexión; en *tránsito simple*, los operadores se interconectan en centrales de tránsito para los abonados cuya numeración dependa de dicha central. El operador que provee la interconexión ha de realizar una conmutación pues la llamada se entrega o se recibe en centrales de tránsito, debiéndose conmutar la llamada hacia la central local de la que depende el usuario; Por último, *a nivel de tránsito doble*, los operadores se interconectan en una central de tránsito para abonados cuya numeración no pertenece al ámbito de dicha central. Es la interconexión más costosa. Supone una mayor utilización de la red del proveedor de interconexión, pues exige doble conmutación (una hacia la central de tránsito para abonados cuya numeración pertenece a esta central y otra hacia la correspondiente central local de la que depende directamente el abonado). Una exposición sobre los distintos niveles de interconexión para los diversos servicios de interconexión se contiene en el trabajo de CREMADES Y GARCÍA MARTÍNEZ, "Algunos aspectos clave...", págs. 93 a 97. Aunque se refiere a la OIR de *Telefónica* aprobada por OMF de 29-10-1998 (BOE núm. 261, de 31-10-1999), en lo referido a esta cuestión es igualmente válido para la OIR aprobada por Res. CMT de 25-5-2001 (BOE núm. 144, de 16-6-2000). No así respecto a los precios por los diversos servicios, que han sido modificados tanto en su cuantía como en su aplicación (ya no son distintos en función de que el operador sea titular de una licencia de tipo A o de tipo B).

⁸¹ Cuando a través de los mecanismos de selección de operador, el usuario haya seleccionado para cursar la llamada un operador distinto a aquel con el que tiene contratado el acceso (ej. a *Revisión* mediante la marcación del código 1050), *Telefónica* está obligada a encaminar o transportar la llamada hacia el punto de interconexión más cercano al usuario que ha

software, gestión e información⁸².

Dentro de ese conjunto de prestaciones recíprocas entre las redes interconectadas, tiene especial relevancia el encaminamiento o transporte de las señales de telecomunicación (voz, imagen o datos) hasta el punto de interconexión. Es una prestación de tracto sucesivo, que constituye el objeto fundamental de la interconexión (servicio de interconexión). El interés del operador interconectado sólo se satisface cuando se presta el servicio de interconexión. Esto es, las llamadas originadas en la red que facilita la interconexión son entregadas a su propia red (interconexión de acceso), cuando la llamada originada en su propia red o en la red del operador que provee interconexión finaliza en el punto de terminación de red al que se conecta el terminal del usuario destino de la llamada (interconexión de terminación) o cuando la llamada originada en su propia red es entregada a través de la red interconectada a la red de un tercer operador y a su vez y por el mismo mecanismo, la llamada originada en la red de un tercero puede ser terminada en la

originado la llamada. Sin perjuicio de lo que libremente acuerden los partes y según la práctica habitual, en el supuesto descrito *Retevisión* facturará al usuario la totalidad del servicio prestado, según sus tarifas y abonará a *Telefónica* el importe de la interconexión por el tráfico efectivo cursado y conforme a las tarifas de interconexión. Además de los servicios de encaminamiento de llamadas y de facturación y cobro prestados en la forma estipulada en el contrato, los operadores también podrán pactar la coubicación de equipos en los edificios de uno de ellos, el mantenimiento de tales equipos utilizados para la interconexión o el intercambio de información para la prestación a sus respectivos usuarios de un servicio completo de guía telefónica, entre otras prestaciones.

⁸² Para ilustrar el carácter complejo de la prestación de interconexión puede servir la siguiente explicación. Dado un acuerdo de interconexión entre dos operadores (v.gr. Telefónica-Retevisión, siendo aquél el que provee interconexión), cuando a través de los mecanismos de selección o preasignación de operador, el usuario haya seleccionado para cursar la llamada un operador distinto a aquel con el que tiene contratado el acceso (ej. a *Retevisión*, mediante la marcación del código 1050), *Telefónica* está obligada a encaminar o transportar la llamada hacia el punto de interconexión más cercano al usuario que ha originado la llamada. Sin perjuicio de lo que libremente acuerden los partes y según la práctica habitual, en el supuesto descrito *Retevisión* facturará al usuario la totalidad del servicio prestado, según sus tarifas y abonará a *Telefónica* el importe de la interconexión por el tráfico efectivo cursado y conforme a las tarifas de interconexión. Además de los servicios de encaminamiento de llamadas y de facturación y cobro prestados en la forma estipulada en el contrato, los operadores también podrán pactar la coubicación de equipos en los edificios de uno de ellos, el mantenimiento de tales equipos utilizados para la interconexión o el intercambio de información para la prestación a sus respectivos usuarios de un servicio completo de guía telefónica, entre otras prestaciones.

red del operador interconectado (interconexión de tránsito)⁸³.

El transporte de la llamada ha de ser “real y eficiente” para que dé derecho a contraprestación económica (art. 17.3 RIN). Como regla general, se entiende que el operador interconectado realiza un transporte eficiente cuando la red del operador que facilita la interconexión no moviliza los mismos recursos, o más, cuando tiene que dar entrada a la red del nuevo operador que cuando resuelve la interconexión por sí mismo. En otras palabras, se produce un transporte ineficiente de las conexiones si mediante su participación, el operador interconectado no elimina el uso de alguno de los elementos de la red que facilita la interconexión que serían suficientes para establecer la conexión por sí solos⁸⁴.

El encaminamiento de la señal implica a su vez el suministro de capacidad portadora. Mientras la señal está en la red del operador que facilita la interconexión, éste pone a disposición del operador interconectado la capacidad portadora necesaria para su transporte. Los tres tipos de interconexión aludidos (de acceso, terminación y tránsito) precisan del uso de capacidad portadora de la red que facilita la interconexión.

Para la interconexión, tanto a nivel físico como funcional, se exige el empleo de interfaces comunes (cfr. arts. 29 LGT y 5 RIN). Las especificaciones técnicas de la interconexión mínimas y obligatorias respecto a la RTB explotada por *Telefónica, S.A.* se detallan en de su Oferta de Interconexión de Referencia

⁸³ Como se indica en el texto, el encaminamiento puede realizarse en diversos sentidos y en función de ello, se habla de servicio de interconexión de terminación; servicio de interconexión de acceso y servicio de interconexión de tránsito. Reproduciendo los términos de la OIR de *Telefónica* (apdo. 2.2), el servicio de interconexión de terminación se define como aquél por el cual *Telefónica* finaliza en su propia red una llamada que le ha sido entregada previamente por el operador que se interconecta; el servicio de interconexión de acceso es aquel mediante el cual *Telefónica* entrega al operador interconectado una llamada de un cliente conectado físicamente a la red de *Telefónica* que haya seleccionado a dicho

operador, por alguno de los mecanismos de selección previstos por la legislación vigente, para que éste último trate la llamada; el servicio de interconexión de tránsito es el que presta *Telefónica* cuando un operador interconectado solicita que una llamada sea transportada a través de la red de *Telefónica* para que sea posteriormente entregada a un tercer operador.

⁸⁴ Cfr. Resolución CMT de 9-6-1999, respuesta a la consulta formulada por varios operadores de telecomunicaciones en torno a diversas cuestiones relativas a la interconexión (apdos. 4 y 6).

(apdo. 7º)⁸⁵.

2. *Utilizadas por el mismo o diferentes operadores.* La necesidad de interconexión procede de la existencia de diversas redes. La diversidad puede tener un doble origen: o bien se trata de redes pertenecientes a distintos operadores o bien, se trata de redes explotadas por un solo operador pero basadas en distintas tecnologías (v.gr. satélite y cable) o destinadas al tráfico de distintas señales (voz, datos, imágenes en movimiento).

3. *Los usuarios puedan comunicarse entre sí o acceder a los servicios de los diferentes operadores.* Es éste el objetivo prioritario de la interconexión, al cual se refieren todas las normas de Derecho internacional y comparado relativas a ella⁸⁶.

La comunicación entre los usuarios es posible gracias al uso compartido de recursos adscritos a las distintas redes interconectadas⁸⁷ y a la prestación recíproca de los servicios de interconexión (de acceso, terminación y tránsito⁸⁸),

⁸⁵ Aprobada por OMF de 29-10-1998 con las modificaciones introducidas por la CMT (BOE núm. 261, de 31-10-1999) y posteriormente modificada por la Resolución CMT de 25-5-2000, publicada por resolución de 1 de junio de 2000, de la Presidencia de la CMT (BOE núm. 144, de 16-6-2000).

⁸⁶ El tenor literal del art.28.2 de la derogada Ley 31/1987, de 18 de diciembre de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones (LOT) era especialmente expreso: "El conjunto de los servicios públicos de telecomunicación deberán aparecer ante el usuario como una red integrada, independientemente de que exista más de una entidad que los preste".

⁸⁷ Las redes y servicios de telecomunicación conmutadas tienen capacidad potencial para interconectar a cualesquiera de sus usuarios mediante un conjunto de recursos compartidos. Simplificando, el funcionamiento de la comunicación telefónica, puede explicarse así: para que dos usuarios puedan comunicarse es preciso que ambos estén conectados a la red mediante su red de acceso. En las cercanías de sus domicilios hay centrales telefónicas (nodos de conmutación) que atienden sus operaciones de descolgado y de recogida del número marcado, estableciendo el camino que ha de seguir la llamada para alcanzar al otro usuario. Esa comunicación sale hacia la central destino del otro abonado utilizando cables de fibra óptica que comparte con otras llamadas durante su duración y libera a continuación para que otros la usen, atravesando centrales telefónicas de larga distancia.

El mismo esquema es aplicable cuando los usuarios están conectados a redes distintas (por utilizar tecnología diferente o por pertenecer a distinto titular), si se comparten ciertos recursos (en particular, nodos de conmutación), será viable la comunicación entre todos los usuarios.

⁸⁸ Respecto a la interconexión de tránsito como instrumento que garantiza la interoperabilidad v. res. CMT de 22-2-2001, expte. 2000/3220, por la que se asegura la interoperabilidad debida a los usuarios por parte de Airtel Móvil, S.A. y Telefónica Móviles de

en los términos arriba descritos.

Pero, además, mediante técnicas de selección o preselección de operador (arts. 17 a 21 RIN)⁸⁹, el usuario puede acceder a los servicios ofrecidos por los operadores interconectados con aquél que provee la conexión física o acceso a la red. Los operadores pueden estar conectados directamente (interconexión de acceso y terminación) o indirectamente (interconexión de tránsito). En cualquier caso, gracias a este instrumento los usuarios pueden acceder a los servicios ofrecidos por el conjunto de los operadores, sin necesidad de estar físicamente conectados a los mismos⁹⁰.

La definición no especifica el tipo de usuarios a los que se ha de proporcionar interoperabilidad⁹¹, por lo que cabe entender incluidos también a los proveedores de servicios⁹², que son “usuarios” de los servicios portadores suministrados por medio de la red. Desde esta perspectiva, la interconexión permite a los distintos operadores de servicios que acceden a una red conectar sus

España, S.A. con respecto a números cortos y de inteligencia de red de los asociados a la Asociación de Operadores de Cable.

⁸⁹ Sobre los mecanismos de acceso indirecto, véase CARRASCO PERERA Y MENDOZA LOSANA, “Numeración y selección de operador” en CARRASCO PERERA, A. Y ARPÓN DE MENDÍVIL, A, *Comentarios*, pgs.543-601, concr. 572-589.

⁹⁰ Adviértase que la interconexión, en cuanto técnica que garantiza la comunicación entre los usuarios data desde los primeros tiempos de la telefonía, cuando los diversos organismos detentadores de los monopolios nacionales interconectaban sus redes para garantizar la comunicación a nivel internacional. Lo innovador de la interconexión en el nuevo Derecho de las Telecomunicaciones resulta de su contemplación como transacción económica entre operadores que coexisten y compiten en un determinado mercado y que ofrece a los abonados de un operador la posibilidad de acceder a los servicios prestados por los competidores, no sólo como complemento del servicio que se ofrece como propio, sino como posibilidad de cambiar de operador. [cfr. BERMÚDEZ ODRIÓZOLA, L., “Autoridades reguladoras” en CALVO DÍAZ, G.(Directora), *El Nuevo Marco Jurídico de las Telecomunicaciones y de los Servicios Audiovisuales*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1999, págs. 199-242, concr. pg. 219]. Como ha señalado la CMT, la interconexión permite a los nuevos operadores “convertir en clientes propios a los abonados de Telefónica además de a sus propios abonados” (Res. de 9-6-1999, contestación a las consultas formuladas por UNI 2, RSLCOM e *Interterminal* sobre puntos de interconexión, concepto de transporte real y eficiente y régimen de prestaciones y contraprestaciones en los servicios que involucra la interconexión).

⁹¹ Sobre el concepto y clases de usuarios de telecomunicaciones, véase CARRASCO PERERA, A. Y MENDOZA LOSANA, A., “Los derechos de los usuarios...”, pgs. 605-607.

⁹² Cfr. PIEPENBROCK, § 35 TKG, núm. 15.

respectivos servicios, para ofrecer al usuario un servicio de superior valor añadido.

4. *Los servicios pueden ser suministrados por dichos operadores o por otros que tengan acceso a la red.* Esta última parte de la definición constata la separación entre redes y servicios⁹³. Las redes interconectadas pueden ser soporte de diversos servicios prestados por los titulares de las respectivas redes, o por terceros que acceden a las mismas y utilizan su capacidad portadora.

5. La interconexión comprende además de la conexión física y funcional de redes, *los servicios de acceso a la red suministrados por los titulares de redes públicas de telecomunicaciones a los operadores de servicios telefónicos disponibles al público.* Esta parte de la definición, que también aparecía en la derogada Disposición Adicional Undécima de la LOT en su redacción dada por la Ley 12/1997 y que no se contenía en el concepto dado por la Directiva 97/33/CE, incrementa las dificultades para delimitar la interconexión y el acceso a redes.

En el subepígrafe siguiente se pretende aclarar la distinción entre ambas figuras.

3.2. Interconexión y acceso a redes.

A) Problemas de delimitación.

El artículo 24 de la LGT se refiere a los "principios aplicables al acceso a las redes". En el marco regulatorio anterior a la Revisión de 1999, ni la normativa comunitaria, ni tampoco la normativa española definían el acceso a redes⁹⁴. La

⁹³ V. *supra* Cap. I, 3.

⁹⁴ Esta indefinición permitía concebir el acceso en términos generales, muy amplios comprensivos de: *el acceso a las redes por los usuarios finales de los servicios de telecomunicaciones*; el acceso especial a redes, disponible para determinadas aplicaciones o servicios; la interconexión propiamente dicha, es decir, la conexión física entre redes. El acceso en sentido amplio comprende la dotación de líneas arrendadas, la interconexión a redes, el uso de

Directiva 2002/19 y el actual Proyecto de Ley de reforma de la LGT constatan el carácter polisémico del concepto de “acceso a red” y califican expresamente a la interconexión como una forma de acceso a red [cfr. art. 2, a) y b) Directiva y Anexo 2, apdos. 2 y 14 Proyecto].

El artículo 24 de LGT de 1998 y sus concordantes en el RIN se refieren a dos tipos de acceso a la red, el acceso general y los accesos especial a red.

Por *acceso general* se entiende, el acceso a la red en los puntos de terminación de red ofrecidos a la generalidad de los usuarios. Todos los usuarios y prestadores de servicios de telecomunicaciones -públicos o privados- tienen derecho a acceder a la red del operador dominante en dichos puntos (art. 24.1, párrafo primero); se entiende por *acceso especial* a red, el acceso a la red en puntos distintos a los de terminación de red ofrecidos a la generalidad de los usuarios (art. 24.2, segundo párrafo). Los titulares de redes públicas de telecomunicaciones que ostenten la condición de dominantes "deberán atender las solicitudes técnicamente viables y debidamente justificadas, de acceso a la red en puntos distintos a los de terminación de red ofrecidos a la generalidad de los usuarios"⁹⁵. Tanto los prestadores de servicios de telecomunicación, como ciertos usuarios negociarán con el titular de la red estos acuerdos de acceso especial a la misma. El RIN dedica sus artículos 6 y 7 al acceso general y especial, respectivamente.

infraestructuras de terceros o el acceso a datos relativos a los suscriptores de servicios de telefonía vocal.

Cabe hablar de *acceso a nivel físico* y *acceso a elementos inmateriales de la red*. El acceso puede lograrse a nivel físico mediante infraestructura local exclusiva o compartida, ya sea proporcionada por el propio prestador del servicio (alquiler de circuitos, acceso a postes y canalizaciones) o arrendada a un suministrador de infraestructura local (ej. acceso a túneles de metro o aparcamientos subterráneos que sirven como canalizadores de las redes de telecomunicación) y puede conseguirse mediante un prestador de servicios finales o mediante un prestador de interconexión que disponga de acceso directo o indirecto a los correspondientes puntos terminales; junto al acceso físico, los prestadores de servicios finales han de acceder a "otras instalaciones" que, como el directorio de abonados o la información sobre los interfaces técnicos de la red, son imprescindibles para la prestación de servicios finales.

⁹⁵ Sobre el concepto de acceso especial a red véase el documento de la CMT titulado “Principios de actuación sobre el tratamiento de las solicitudes de accesos especiales” (septiembre de 1998, <http://www.cmt.es>, pgs. 2 y 3), así como su Resolución de la CMT, de 12-11-1998 (RE-98-11-12-00), sobre la solicitud formulada por la entidad BT Telecomunicaciones respecto de acceso especial.

Los problemas de identificación de la interconexión y su distinción con la figura del acceso a red surgen de la propia definición de interconexión formulada en la LGT, según la cual ésta comprende “los servicios de acceso a red suministrados [...] con el mismo fin a los operadores de servicios telefónicos disponibles al público”.

Dadas las diferencias en el régimen jurídico y comercial de la interconexión y el acceso a redes, la distinción entre ambas figuras alcanza enorme relevancia práctica (cfr. *infra* B). Sin embargo, la ambigüedad con la que el legislador español ha definido estos conceptos hace difícil la labor de discernimiento⁹⁶.

La interconexión es una forma de acceso a la red. Para advertir las diferencias entre ambos conceptos conviene traer a colación las características genuinas de cada uno de ellos, al margen de figuras híbridas que se puedan presentar en el mercado. La nota identificativa de la interconexión *strictu sensu* es la presencia de una pluralidad de redes de telecomunicación que se unen para proporcionar interoperabilidad a los usuarios y a los servicios que se prestan a través de ellas; como se explicó, la mecánica de la interconexión exige la utilización de la capacidad de transporte proporcionada por las redes interconectadas en distintos momentos de la comunicación, según se trate de una interconexión de acceso, terminación o tránsito.

Por otra parte y desde la perspectiva de los operadores, el presupuesto básico del acceso es la existencia de un proveedor de servicios carente de red que une su infraestructura de servicios a la red de telecomunicaciones de otro operador

⁹⁶ Sobre las dificultades de la distinción de ambos conceptos, véase CASTEJÓN, L., “Nomenclatura...”, págs. 86 y 87; ARPÓN DE MENDÍVIL Y DE ALDAMA, A.: “El régimen Jurídico de la Interconexión...”, págs. 52-54; CARRASCO PERERA, A. Y MENDOZA LOSANA, A.I., “Interconexión...”, pág.466; RODRÍGUEZ ILLERA, R., “La regulación de la interconexión en los mercados de telecomunicaciones liberalizados” en CREMADES, J. Y MAYOR MENÉNDEZ, P., *La Liberalización de las Telecomunicaciones en un Mundo Global*. La Ley-Ministerio de Fomento. Madrid, 1999, págs. 235-251, concr. pág. 245 y 246 y CREMADES Y GARCÍA, “Acuerdos de interconexión...”, págs. 272-275.

y utiliza su capacidad portadora para prestar servicios a los usuarios⁹⁷. En el ámbito del acceso, el suministro de capacidad de transporte no es una exigencia derivada del encaminamiento, sino que constituye el objeto principal de la obligación de acceso.

A grandes rasgos, la interconexión es una exigencia del principio de interoperabilidad de las redes y servicios de telecomunicaciones, que garantiza la comunicación entre los usuarios, mientras que el acceso implica un conjunto de relaciones comerciales entre los diversos agentes del mercado, tendentes a facilitar el acceso al mercado del operador sin red. La regulación de aquélla tiene como objetivo prioritario la consecución de un sistema de telecomunicaciones global e interactivo⁹⁸; la del acceso pretende combatir los problemas de competencia derivados del control de las redes por el operador dominante, antiguo monopolista y de esta forma, incentivar la prestación de nuevos servicios de telecomunicación⁹⁹.

⁹⁷ En parecidos términos sitúan la distinción FERNANDO PABLO, M.M., *Derecho General*, pág. 81 y LÓPEZ-IBOR MAYOR, V., “Interconexión y Acceso a las Redes”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y DE LA QUADRA SALCEDO, T. (Coord.), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, pág. 169-170; cfr. también MÄRKL, *Netzzusammenschaltung*, pág. 45.

⁹⁸ Cfr. PIEPENBROCK, § 35, núm. 15.

⁹⁹ En los primeros momentos de la liberalización del mercado de las telecomunicaciones, la piedra angular sobre la que radicaba el proceso de liberalización era el acceso a redes. La liberalización afectó inicialmente sólo a ciertos servicios (los denominados “servicios de valor añadido”), pero no a las redes, cuya instalación y explotación se mantenía en régimen de monopolio. El conjunto de Directivas Comunitarias que integran la normativa ORA (Oferta de Red Abierta, u “Open Network Provision”, en su expresión inglesa) pretenden resolver el problema del acceso de los nuevos proveedores de servicios a la red explotada en régimen de monopolio por el operador tradicional, con el que compiten en el mercado de servicios liberalizados. Esta normativa surge en respuesta a la necesidad de evitar abusos de posición de dominio por el operador tradicional, que resulta obligado a “abrir” su red a los nuevos operadores, facilitando el acceso y uso de ésta en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias. Posteriormente, una vez liberalizados tanto los servicios, como las redes, la escasez de redes permanece y la normativa ORA ha de ser adaptada al nuevo entorno competitivo. Los que provean infraestructuras serán varios pero no muchos. Ello no sólo por las ingentes inversiones que precisa el desarrollo de nuevas redes de telecomunicación, sino también porque la necesidad de preservar los requisitos esenciales, en particular, la escasez de ciertos recursos (espacio radioeléctrico, espacio público de numeración y derechos de paso), el respeto al medio ambiente y el cumplimiento de los planes de ordenación urbana y rural justificarán la limitación del número de licencias para la implantación de nuevas redes. Habrá operadores de servicios que no dispongan de red propia y existirán *servicios en cuello de botella*. Si se quiere incentivar el desarrollo de nuevos servicios, será preciso facilitar el acceso de los prestadores de servicios a las redes del resto de los operadores, en concreto, de los operadores que ostenten la condición de dominantes, en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias.

Sin embargo, esta distinción no es tenida en cuenta por el legislador español de 1998, que crea una situación confusa al identificar interconexión y servicios de acceso a la red (suministrado no a todos los operadores de servicios, sino sólo por los operadores de servicios telefónicos).

El nuevo marco regulatorio adopta un modelo distinto de conceptualización del acceso y la interconexión. Se define el acceso con carácter general y se contempla la interconexión como una modalidad peculiar de acceso [cfr. art. 2, apdos. a) y b) Directiva 2002/19]. La misma técnica había sido ya acogida con anterioridad en otros Ordenamientos, en particular en el alemán, en el que definida la interconexión como una modalidad de acceso orientada a posibilitar y facilitar la comunicación entre los distintos usuarios¹⁰⁰, el régimen del acceso se aplica sólo a los operadores que ostentan una posición de dominio en el mercado considerado (§ 33 y § 35 (1) TKG) y el régimen de la interconexión se aplica a todos los operadores de redes públicas (§ 36 y § 37 TKG). En principio, el resultado es el mismo que en el ordenamiento español pero la estructura del sistema es mucho más coherente. El acceso es el género que comprende la interconexión como especie y no a la inversa¹⁰¹. En este contexto, la interconexión es aquella

¹⁰⁰ El § 3 de la Ley de Telecomunicaciones alemana de 1996 define el acceso a red en los siguientes términos: “ist ‘Netzzugang’ die physische und logische Verbindung von Endeinrichtungen oder sonstigen Einrichtungen mit einem Telekommunikationsnetz oder Teilen desselben sowie die physische und logische Verbindung eines Telekommunikationsnetzes mit einem anderen Telekommunikationsnetz oder Teilen desselben zum Zwecke des Zugriffs auf Funktionen dieses Telekommunikationsnetzes oder auf die darüber erbrachten Telekommunikationsdienstleistungen” (apdo 9); el apartado 24 del mismo artículo define la interconexión: “ist ‘Zusammenschaltung’ derjenige Netzzugang, der die physische und logische Verbindung von Telekommunikationsnetzen herstellt, um Nutzern, die an verschiedenen Telekommunikationsnetzen angeschlossen sind, die mittelbare oder unmittelbare Kommunikation zu ermöglichen”.

¹⁰¹ Cfr. ARPÓN DE MENDÍVIL, “El Régimen Jurídico de la Interconexión...”, pág. 54; PIEPENBROCK, § 35 TKG, núms. 15 y 16, donde se pone de manifiesto que no toda unión entre redes de telecomunicación constituye una interconexión en el sentido jurídico: “Nach § 3 Nr. 9 ist ein Netzzugang auch die Verbindung eines Telekommunikationsnetzes mit einem anderen Telekommunikationsnetz oder Teilen desselben. *Nur eine Teilmenge dieser Verbindungen zwischen zwei Telekommunikationsnetzen entspricht demjenigen Netzzugang, der nach § 3 Nr. 24 als Netzzusammenschaltung definiert wird*” (núm. 15) (el subrayado es propio); MÄRKL, N.P., *Netzzusammenschaltung...*, págs. 246-247; NOLTE, N., “Das Recht auf Netzzugang nach dem Telekommunikationsgesetz”. *Betriebs-Berater*, núm. 51/52, 19-12-1996, págs. 2629-2636, concr. págs. 2629 y 2630; GRAMLICH, L., “Rechtsfragen bei Zusammenschaltungsvereinbarungen”. *Computer und Recht* 2/1997, págs. 65-72, concr. . Sobre la inversión de los conceptos de acceso e

modalidad de acceso cuya finalidad principal es garantizar la comunicación entre los usuarios.

B) Consecuencias jurídicas de la distinción/equiparación.

De la confrontación de los artículos 22 y 24 LGT y sus concordantes en el RIN (arts. 2 y 7, respectivamente), se derivan dos diferencias fundamentales entre el régimen de la interconexión y el acceso a red¹⁰²:

i) Sujetos obligados. Sólo los titulares de redes públicas que tengan la condición de dominantes están obligados a satisfacer todas las solicitudes razonables de acceso a su red (art. 24.1 LGT), mientras que todos los operadores del mismo tipo de redes, los operadores de servicios telefónicos y, si lo prevé su título habilitante, también los operadores de otros servicios, están obligados a proveer interconexión (art. 22.1 LGT y art. 2.1.I y II RIN);

ii) Sujetos legitimados. Podrán solicitar la interconexión todos los titulares de redes públicas de telecomunicaciones, así como los operadores de servicios abiertos al público, pero no los titulares de redes privadas de telecomunicaciones¹⁰³. En cambio, pueden solicitar el acceso especial tanto los operadores de servicios de telecomunicaciones, independientemente de que exploten o no una red de telecomunicaciones, como los usuarios, en particular, los

interconexión operada en el ordenamiento español, véase VÁZQUEZ LÉPINETTE, T., *La obligación de interconexión de redes*, págs. 105-108, quien afirma: “En sentido técnico, el término acceso a redes es un supraconcepto que sirve para describir el fenómeno de la utilización de redes ajenas [...]. Sin embargo, el legislador español hace justo lo contrario, y se sirve del sustantivo interconexión como un supraconcepto, que engloba tanto el acceso a red (i.e., el fenómeno de utilización de

las redes por parte de prestadores de servicios), como la interconexión en sentido estricto (es decir, el mecanismo a través del cual puede tener lugar la utilización de una red por parte del titular de otra red distinta)” (págs. 105 y 106).

¹⁰² Sobre las diferencias entre ambas figuras, cfr. la respuesta dada por el Comisario de Telecomunicaciones M. BANGEMANN a una cuestión formulada por un miembro del parlamento europeo en DO C 117, de 16-4-1998, pág. 46, recogida también en *Archiv für Post und Telecommunication (ArchivPT)* 2/98, pág. 181 y 182.

¹⁰³ Nada dice expresamente la normativa española sobre esta exclusión, que sí se contempla en la Directiva de Interconexión (cdo. 4), pero ello se deriva de las referencias expresas al carácter público de las redes y servicios con derechos y obligaciones de interconexión.

grupos cerrados de usuarios (autoprestación de servicios de telecomunicación) (art. 24.2 LGT y art. 7.6.II RIN)¹⁰⁴.

A estas diferencias jurídicas, se unen otras económicas. Y es que, en el estado actual del mercado, mientras el acceso se retribuye a un precio fijo en función de la cantidad y velocidad cedida (Kbits/segundo); el precio de interconexión se determina en función de la cantidad de tráfico, del tiempo efectivo de ocupación de la red del que facilita la interconexión y del horario (comercial o reducido) en el que se produce la llamada.

Equiparar interconexión y acceso en este ámbito conduce a una situación no querida por el legislador, que se revela en los siguientes términos: si todos los operadores de telecomunicaciones¹⁰⁵ están obligados a interconectar, independientemente de su posición en el mercado (art. 22.1 LGT) y si la interconexión incluye servicios de acceso a la red a los operadores de servicios telefónicos disponibles al público (anexo LGT), entonces todos los operadores que están obligados a facilitar interconexión, estarán también obligados a facilitar los servicios de acceso a la red a tales operadores de servicios telefónicos. Llevada a la práctica, esta conclusión implica que todo titular de una red pública de telecomunicaciones estaría obligado a suministrar capacidad de transmisión a cualquier operador de servicios telefónicos carente de red, que lo solicitara¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Una exposición más completa sobre los sujetos con derechos y obligaciones en este ámbito, se contiene en mi trabajo realizado en colaboración con el profesor CARRASCO PERERA, A., “Interconexión y acceso a redes”, págs. 472 a 478, para la interconexión y 532 a 535, para el acceso.

¹⁰⁵ Entiéndase comprendidos en la expresión “todos los operadores de telecomunicaciones”, los titulares de redes públicas, los operadores de servicios telefónicos disponibles al público y demás proveedores de servicios, si así lo prevé su título habilitante (art. 2.1 RIN).

¹⁰⁶ Podrían apoyar esta conclusión los artículos 27.1 y 30.1 de la Orden de Licencias que prevén entre las condiciones que deberán cumplir los titulares de licencias B y C, respectivamente, la de “facilitar la interconexión y *el acceso a sus redes*”, sin especial consideración a su posición de operadores dominantes. Sin embargo, ambos preceptos se remiten a esta posibilidad “en los términos de lo establecido en la Ley General de Telecomunicaciones y en el Reglamento sobre interconexión y numeración” (apdo 1.1), que, como ha quedado expuesto, se refieren a la obligación general de todo operador de red de facilitar la interconexión y la obligación específica de los operadores dominantes de facilitar el acceso a la misma.

Sin embargo, que todos los operadores tengan obligación de facilitar el acceso a su red, entendido como suministro de capacidad portadora, ni tiene cabida en el artículo 24 LGT, ni es exigido por el Derecho Comunitario¹⁰⁷, y tampoco se contempla en otros Ordenamientos de nuestro entorno. Ante ello, se impone al intérprete la obligación de encontrar una vía para eludir esa consecuencia, que, además de no ser coherente con el Derecho positivo, genera efectos perversos. Así, si se impone a todos los operadores de red la carga de suministrar capacidad de transmisión a sus competidores, se desincentiva la creación de nuevas redes y no se facilita el acceso al mercado de estos nuevos operadores de red, quedando así truncada la finalidad de la norma (la promoción de la libre competencia) y resultando al cabo protegido el operador dominante, que consolidará su posición de único proveedor de redes, y perjudicados los proveedores de servicios y los usuarios, que verán limitada la oferta de redes y servicios, respectivamente.

C) Propuesta de solución.

Felizmente, la ambigüedad con la que la normativa española define la interconexión desaparece en el nuevo marco regulatorio. La Directiva de acceso y el Proyecto de Ley para su transposición en España definen el acceso y especifican que la interconexión es una modalidad de acceso. Además, en el citado Proyecto de reforma de la LGT, la definición de interconexión no contiene el párrafo problemático que ahora se comenta (cfr. Anexo 2, apdo. 14).

Con todo, ante la ambigüedad con la que el legislador de 1998 definió la interconexión, el intérprete ha de esforzarse en intentar aclarar qué quiso expresar el regulador al afirmar que “la interconexión comprende, asimismo, los servicios de acceso a la red suministrados con el mismo fin (interoperabilidad y acceso a los servicios de los diferentes operadores), por los titulares de redes públicas de telecomunicaciones a los operadores de servicios telefónicos disponibles al público”.

¹⁰⁷

Cfr. arts. 4.2 Directiva 97/33/CE y 16 Directiva 98/10/CE.

Una posible vía para eludir las consecuencias que genera la ambigüedad conceptual es entender que, dada la falta de rigor técnico con la que en la normativa sectorial se utiliza el término “acceso”¹⁰⁸, cuando el legislador establece que la interconexión comprende “los servicios de acceso a red...” no se refiere al acceso en el sentido del artículo 24 LGT, sino a la denominada “interconexión de acceso”. En virtud de este servicio y por medio de los mecanismos de selección o preasignación, se permite a los usuarios conectados físicamente a una red acceder a los servicios ofrecidos por otro u otros operadores, interconectados a la red del operador que provee el acceso, para que sea el operador seleccionado quien trate la llamada y en su caso, facture el servicio¹⁰⁹.

La ampliación del concepto de interconexión obedecería al propósito del legislador de que en todo acuerdo de interconexión se introduzca este servicio de interconexión de acceso, a fin de que los usuarios, independientemente de cuál sea la red a la que están físicamente conectados, puedan acceder a los servicios ofrecidos por el conjunto de los operadores. Y ello aunque el operador de acceso no sea dominante. De esta forma, se pretendería satisfacer la finalidad de la interconexión que no es sólo garantizar la comunicación entre los usuarios, sino también facilitar el acceso de éstos a los servicios prestados por los diversos operadores interconectados¹¹⁰, o en otras palabras, facilitar el intercambio de

¹⁰⁸ El término “acceso” se utiliza en un sentido amplio, que designa cualquier utilización de la red de telecomunicaciones, ya sea ésta por usuarios finales (acceso general del artículo 24.1.I LGT), por proveedores de servicios (acceso general y especial del art. 24.1.I y II LGT) o la interconexión propiamente dicha. Por otra parte, también se habla de “servicios de acceso” ofrecidos por un operador en el sentido de conexión física y directa del usuario a la red (“de acceso”) del operador de telecomunicaciones, al que se denomina “operador que facilita el acceso”. En este sentido lo emplea la Resolución de la CMT de 9-6-1999 (SC 10,22 y 27/199) que afirma: “un último estímulo a la generalización de la competencia en todos los estratos del modelo de servicio se produce mediante las condiciones impuestas en las licencias individuales de tipo B1. En efecto, *sus titulares vienen obligados a ir facilitando servicios de acceso propios* a medida que su presencia en el mercado aumenta” (apdo. 5). Sobre la laxitud del término “acceso” cfr. ARPÓN DE MENDÍVIL, A., “La interconexión...”, *op.cit.*, pg. 54.

¹⁰⁹ Cfr. Apdo. 2.2 OIR de Telefónica, que define este servicio.

¹¹⁰ El acuerdo del Consejo de la CMT por el que se aprueba el Informe propuesta de la CMT sobre las modificaciones a la OIR de Telefónica de España, S.A., de 27-10-1998 exige la inclusión en la Oferta de esta modalidad de “interconexión de acceso”, también para los servicios de inteligencia de red (ej. números 900, 902...etc.), justificando esta exigencias en la propia finalidad

clientes entre los operadores presentes en el mercado¹¹¹. No obstante, para el pleno cumplimiento de este propósito no es suficiente la ampliación del concepto de interconexión, es además preciso que se obligue al conjunto de los operadores dotados de red de acceso a adoptar en sus redes las facilidades de selección, llamada a llamada, o preasignación, que, como ha declarado la CMT¹¹², forman parte de la interconexión y que por el momento sólo se imponen a los operadores declarados dominantes (cfr. arts. 17.2 y 3, 20 y 21 RIN)¹¹³.

En síntesis y como *conclusión* a cuanto se ha expuesto, puede afirmarse lo siguiente:

i) Los servicios de acceso comprendidos en la definición de interconexión no son los servicios de acceso a red previstos en el artículo 24 de la LGT, sino la

de la interconexión (modificación 14ª).

¹¹¹ El siguiente ejemplo ilustrará la posición defendida: sea X un operador de cable que dispone de una Licencia de tipo B1 de ámbito territorial restringido; conforme a las condiciones de su título habilitante, el citado operador está obligado a proveer interconexión a terceros operadores; en concreto, según la definición del anexo de la LGT y por lo que ahora interesa, esta interconexión comprende los servicios de acceso a la red a un operador de servicios telefónico Y; ello significa que los usuarios conectados físicamente a X (operador de acceso), han de poder utilizar o “acceder” a los servicios ofrecidos por Y. No obstante, como digo en el texto, esta obligación del operador X sólo tiene sentido si simultáneamente, se le obliga a implantar en su red mecanismos de selección o preselección de operador.

¹¹² Cfr. Resolución CMT de 28-12-1999, relativa a la adopción de medidas cautelares en el expediente abierto en relación con las solicitudes de intervención presentadas por *RSL Communications Spain, S.A.* y *BT Telecomunicaciones S.A.* frente a *Telefónica de España, S.A.* (FD 1º).

¹¹³ V. Circular 1/2001, de 21 de junio, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sobre la implantación de la preselección de operador por los operadores de acceso obligados a proveerla en el mercado de redes públicas de telecomunicación fijas (BOE de 27-7-2001), modificada por Circular 1/2002, de 8 de mayo, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sobre la disponibilidad de la facilidad de la preselección en líneas de abonado conectadas a centrales analógicas (BOE núm. 124, de 24-5-2002); por Circular 2/2002, de 18 de julio, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por la que se revisa la Circular 1/2001, de 21 de junio, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sobre la implantación de la preselección de operador por los operadores de acceso obligados a proveerla en el mercado de redes públicas de telecomunicaciones fijas (BOE núm. 182, de 31-7-2002) y Circular 1/2003 de 24 de enero, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sobre la revisión de las causas de denegación en el procedimiento de preselección de operador (BOE núm. 39, de 14-2-2003).

facilidad suministrada a los proveedores de servicios de prestar sus servicios al conjunto de clientes de las redes interconectadas, siempre que éstos lo soliciten mediante los mecanismos de selección o preselección de operador (interconexión de acceso);

ii) La ampliación del concepto de interconexión realizada por el legislador español no implica una extensión de la obligación de facilitar el acceso a red del artículo 24 de la LGT a todos los operadores de redes y servicios públicos de telecomunicaciones, independientemente de que ostenten una posición de dominio.

iii) El mero prestador de servicios, carente de red, ha de proporcionarse capacidad portadora a través de un acuerdo de acceso a red (ej. alquiler de circuitos, reventa de capacidad...).

iv) La capacidad portadora, necesaria para la prestación de servicios de telecomunicaciones, puede solicitarse al operador dominante, que estará obligado a acceder a toda petición técnicamente viable y debidamente justificada (arts. 24 LGT y 7 RIN) o contratada a cualquier otro titular o explotador de red, en los términos acordados conforme a criterios comerciales;

v) Para lograr la interoperabilidad de los servicios prestados y la posibilidad de acceso de cualquier usuario a tales servicios, con independencia de la red a la que esté abonado, se impone a todos los operadores la obligación de proveer interconexión de acceso, aunque no sean operadores dominantes. Pero la plena virtualidad de la ampliación del concepto de interconexión queda condicionada a que se impongan a todos los operadores (también a los no dominantes) obligaciones de implantar en su red mecanismos de selección y preasignación de operador.

vi) Aclarado el sentido de la ampliación del concepto de interconexión, conviene hacer algunas puntualizaciones acerca de los sujetos beneficiados por

dicha ampliación. La definición legal se refiere a “*los operadores de servicios telefónicos disponibles al público*”. Una lectura apresurada del precepto puede conducir a pensar que sólo se exige esta interconexión de acceso para los servicios telefónicos. Es decir, que el operador que facilita la interconexión y al que el usuario está físicamente conectado sólo debería entregar la llamada para su tratamiento por el operador interconectado (interconexión de acceso), en el supuesto de que éste sea un proveedor de servicios telefónicos disponibles al público. Pero no estaría obligado a facilitar esta interconexión de acceso si el operador interconectado presta otros servicios (v.gr es proveedor de acceso a Internet). Sin embargo, se trata de una conclusión errónea. La referencia a “los operadores de servicios telefónicos” no entraña una limitación objetiva de los servicios para los que se ha de facilitar la interconexión de acceso. Considerando que los operadores de servicios telefónicos están habilitados no sólo para prestar servicios telefónicos, sino también cualquier otro tipo de servicios de telecomunicaciones¹¹⁴, habrá que admitir que la interconexión de acceso que están obligados a facilitar todos los titulares de redes públicas de telecomunicaciones, independientemente de su posición en el mercado, lo es para cualquier servicio de telecomunicaciones que preste el titular de una licencia individual que le habilite para prestar servicio telefónico disponible al público (licencias tipo A o B).

4. EL CONCEPTO “OBLIGACIÓN DE INTERCONEXIÓN” Y SUS DIVERSAS ACEPCIONES.

La LGT define la interconexión desde una perspectiva puramente técnica o material: interconexión es “la conexión física y funcional de redes de telecomunicaciones utilizadas por el mismo o diferentes operadores, de manera que los usuarios puedan comunicarse entre sí o acceder a los servicios de los diferentes operadores” (Anexo). Es éste el objeto de la obligación de interconexión, obligación de resultado que se cumple cuando las redes de los

¹¹⁴ El art 8 de la Orden de Licencias contiene una argumentación *a fortiori*, en virtud de la cual los sujetos habilitados para el establecimiento o explotación de redes públicas de telecomunicaciones y prestación de servicios (telefónicos) mediante licencia individual, están también habilitados para la prestación de otros servicios de telecomunicaciones que requieran autorización general.

operadores de telecomunicaciones están conectadas física y/o funcionalmente, de modo que es posible la interoperabilidad entre usuarios y servicios. La LGT y el RIN definen el resultado debido, objeto de la obligación de interconexión, pero no precisan el significado técnico-jurídico de esta expresión polisémica que puede referirse a distintas realidades. Antes de examinar el régimen jurídico de la obligación y de los acuerdos de interconexión, conviene delimitar las posibles acepciones del término “obligación de interconexión”.

4.1. Primera acepción: Deber genérico y abstracto de todos los operadores.

La “obligación de interconexión” es el *deber genérico y abstracto* de todos los operadores de redes o servicios públicos de telecomunicaciones de *facilitar interconexión* o, en otros términos, de proveer y soportar la conexión a sus redes de las redes de otros operadores. A esta acepción se refiere el artículo 22.1 LGT cuando dispone que “todos los titulares de redes públicas de telecomunicaciones estarán obligados a facilitar la interconexión de éstas con las de todos los operadores del mismo tipo de redes y servicios telefónicos disponibles al público, que lo soliciten”.

Este deber genérico y abstracto pesa sobre todos los operadores, que están potencialmente obligados a proveer interconexión. El deber abstracto se actualiza y convierte en un deber concreto de proveer interconexión a determinado operador cuando media un acuerdo de interconexión entre los operadores o una resolución de la CMT. Por el acuerdo o la resolución el deber genérico de proveer interconexión adquiere la categoría jurídica de obligación (aunque de diversa naturaleza en uno y otro caso)¹¹⁵.

¹¹⁵ Obligación y deber en sentido estricto pertenecen a la categoría amplia de los deberes. Ambas categorías imponen un comportamiento (positivo o negativo) a un sujeto en consideración a intereses que no son los suyos propios, sino los de otro sujeto distinto o los generales de la colectividad. Cuando estos deberes operan en direcciones genéricas, de modo que los gravados por ellos no tienen frente a sí un sujeto determinado que sea titular de un derecho subjetivo a exigir de ellos el comportamiento en que consiste el deber, sino, todo lo más, un poder destinado a actuar como garantía del efectivo cumplimiento del deber, se habla de deberes en sentido estricto; en cambio, cuando la situación de deber se produce en el seno de una relación dada en estricta correlación con un derecho subjetivo de otro sujeto que es parte de dicha relación y que, en consecuencia, tiene el poder de exigir del sujeto gravado, so pena de responsabilidad, el efectivo

No nace de la LGT una obligación cuyo contenido sea obtener y/o mantener la conexión física y funcional de las redes, que permita la interoperabilidad de los servicios y el acceso a los usuarios de terceros operadores, en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias. La LGT no impone una obligación de este tipo.

Mediante el acuerdo de interconexión, los operadores se obligan a proveerse recíprocamente interconexión, previa solicitud de uno de ellos. En defecto de acuerdo y aunque ningún operador lo solicite, la CMT podrá emitir una resolución en la que exija la interconexión efectiva de las redes de determinados operadores por razones de interés público y en los términos del artículo 22.3 LGT. Esta resolución es un acto administrativo de *ascertainment* o fijación¹¹⁶, que en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso y en relación a un operador determinado, precisa el deber genérico impuesto en la norma y el alcance concreto del comportamiento exigible al sujeto gravado. Su contenido está dotado de la eficacia ejecutiva propia de los actos administrativos.

Del acuerdo nacen *predominantemente obligaciones de Derecho privado*, en la medida en que frente al sujeto gravado con determinado comportamiento existe otro sujeto titular de derechos subjetivos perfectos, habilitado para exigir judicialmente el cumplimiento de la prestación y en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso, la indemnización por los daños causados (art. 1101 CC). En cambio, del acto administrativo nacen *predominantemente obligaciones de Derecho público* (frente a la Administración), en cuanto no existe un sujeto particular titular de un derecho subjetivo discrecional habilitado para exigir el comportamiento debido. Éste sólo será exigible por la Administración, de oficio o

cumplimiento del comportamiento previsto, en la medida en que ese comportamiento viene impuesto en el marco de la relación considerada y en atención, precisamente, a los específicos intereses del titular del derecho, se habla de obligaciones (GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, II. 5ª Edic. Civitas. Madrid, 1998, págs. 33 y 34).

¹¹⁶ Víd. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso*, II, pág. 34.

a instancia del interesado. En caso de incumplimiento, este último podrá ejercer una acción resarcitoria (art. 1101 CC). No obstante, esta división no es categórica y se tendrá ocasión de exponer que obligaciones de uno y otro tipo nacen tanto del acuerdo como del acto administrativo.

Por su carácter genérico y abstracto, el deber sólo es susceptible de incumplimiento cuando media un acto de concreción de ese deber, ya sea éste el acto de autodeterminación de las partes (acuerdo de interconexión, cfr. acepción 2ª), ya el acto administrativo unilateral de la CMT, exigiendo la interconexión efectiva y en su caso, reglamentando la relación derivada de la conexión (cfr. acepción 5ª). La mera solicitud de interconexión por un operador legitimado no convierte el deber genérico y abstracto de proveer interconexión en un deber concreto y específico de proveer interconexión al operador solicitante. El rechazo o la falta de atención a la solicitud de interconexión de un operador, no constituye *per se* un incumplimiento sancionable de obligaciones en materia de interconexión (art. 79.10 LGT), sólo habilitará al operador para requerir la intervención de la CMT (arts. 1.Dos.2.e LLT; 22.3 y 25 LGT y 2.6 RIN).

4.2. Segunda acepción: obligación de celebrar acuerdos de interconexión con cualquier operador que lo solicite.

La “Obligación de interconexión” también puede ser entendida como *obligación de Derecho privado de proveer interconexión mediante la celebración de acuerdos de interconexión* (obligación de resultado). En otro términos, *obligación de celebrar acuerdos de interconexión* con cualquier operador que lo solicite. El acuerdo de interconexión es uno de los instrumentos de concreción del deber genérico de proveer interconexión y de reglamentación de la relación jurídica derivada del cumplimiento del citado deber. Como después se justificará detalladamente ¹¹⁷, no existe una obligación de proveer interconexión mediante la celebración de un acuerdo de interconexión con cualquier operador que lo solicite. En otros términos y a salvo de lo que se especificará para los operadores en posición de dominio conforme a las normas del Derecho de la competencia, el Derecho de las telecomunicaciones no impone una obligación legal de contratar.

La LGT impone a los operadores la *carga* de negociar la interconexión y por ende, de celebrar acuerdos (*ex art. 22.3 LGT*)¹¹⁸. El incumplimiento de ésta no conlleva la imposición de sanción alguna -ni civil, ni administrativa- pero crea para el operador u operadores el deber jurídico de soportar la intervención heterónoma de la CMT exigiendo la interconexión e imponiendo condiciones a la misma. Esta intervención sólo se producirá cuando éstos no hayan interconectado sus redes y se hayan “agotado las posibilidades de acuerdo al respecto” (art. 22.3 LGT) o *a fortiori* cuando éstas no se hayan iniciado.

A veces la resolución de la CMT impone como contenido del acto administrativo el “deber” de celebrar determinado acuerdo de interconexión¹¹⁹.

¹¹⁷ Cfr. infra epígrafe dedicado a las fuentes de la obligación de interconexión

¹¹⁸ Tanto la *carga* como la *obligación* imponen a su titular la adopción de un determinado comportamiento. La diferencia entre una y otra estriba en el interés protegido: en la obligación se pretende satisfacer el interés de otro sujeto, razón por la cual su cumplimiento se configura como forzoso y su omisión conlleva la imposición forzosa al obligado; el cumplimiento de la carga se conecta a un interés propio del sujeto gravado y por ello es voluntario, su omisión no genera responsabilidad alguna, si bien el gravado se verá privado del beneficio o ventaja de los que dicho comportamiento es presupuesto (cfr. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Las cargas del acreedor en el Derecho civil y en el mercantil*. Montecorvo. Madrid, 1988, págs. 43 y 44; GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, *Curso, II*, págs. 29 y 30).

¹¹⁹ Cfr. Resolución CMT de 29-4-1999, *BT-Telefónica*, en la que se fija un plazo de diez días para que las partes “firmen un Acuerdo de interconexión que permita la interconexión efectiva entre sus redes”; o en términos análogos, la Resolución CMT de 20-7-2000, que resolvió un

Pudiera parecer que del acto administrativo nace para los operadores la “obligación de celebrar un determinado contrato” y que éstos sólo cumplirán cuando celebren el acuerdo de interconexión en los términos fijados por el acto administrativo, incurriendo de lo contrario en una sanción administrativa. Sin embargo, no nace una obligación de tal índole. Lo que hace la CMT en estos casos es “calificar” como condiciones de interconexión aquéllas que ya han sido negociadas por las partes. Tales condiciones reglamentarán la relación de interconexión por imposición unilateral y heterónoma de un órgano administrativo aún cuando las partes no lleguen a firmar nunca el contrato en cuestión¹²⁰.

Lo afirmado, respecto a la inexistencia de una obligación de contratar interconexión con cualquier operador que lo solicite, ha de matizarse cuando el operador obligado genéricamente a proveer interconexión es un operador en posición de dominio conforme a las reglas del Derecho de la competencia. En tal caso la prohibición de abuso de posición de dominio [ars. 82 TUE y 6.2.c) LDC] conlleva la imposición a este operador de una obligación de suministro o provisión de interconexión en los términos derivados de la práctica de la Comisión europea y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia. Esta obligación de suministro se impondrá a los operadores en posición de dominio sólo en cuanto ello sea necesario para garantizar la competencia en el mercado y, en todo caso, ha de ser interpretada restrictivamente.

4.3. Tercera acepción: obligación de negociar de buena fe acuerdos de interconexión.

La expresión “*obligación de interconexión*” puede entenderse en el sentido de *obligación de negociar de buena fe acuerdos de interconexión*. La Directiva de interconexión pretende garantizar la libertad para negociar acuerdos de interconexión de carácter comercial y de conformidad con el Derecho

conflicto de interconexión entre *RSL Communications, S.A* y *Airtel Móvil, S.A.*

¹²⁰ Esta cuestión será analizada con mayor detalle en el epígrafe dedicado a las fuentes de la obligación de interconexión (*infra* 5.2, apdo. B.1).

comunitario y sometidos a la supervisión de las ANR (cfr. cdo. 5). La Directiva establece que “los mecanismos técnicos y comerciales relacionados con la interconexión serán objeto de acuerdos entre las partes interesadas, de conformidad con lo dispuesto en la [...] Directiva y las normas sobre competencia del Tratado” y exige a los Estados miembros la adopción de “todas las medidas necesarias para suprimir cualquier restricción que impida a los organismos autorizados por los Estados miembros a suministrar redes públicas de telecomunicaciones y servicios de telecomunicaciones accesibles al público *negociar entre sí acuerdos de interconexión* de conformidad con el Derecho comunitario” (art. 3.1); su artículo 4.1 atribuye a los organismos autorizados a suministrar redes públicas de telecomunicaciones y/o servicios de telecomunicaciones accesibles al público, que figuran en el Anexo II, el derecho y, cuando así lo soliciten organismos de esta categoría, “la *obligación de negociar la interconexión mutua*”. Expresivamente, el anexo II de la Directiva lleva por título “organismos que tienen *derechos y obligaciones en materia de negociación de interconexión mutua* para garantizar unos servicios a nivel comunitario”.

Lo que ha pretendido el regulador comunitario y así ha quedado plasmado en la Directiva de interconexión es atribuir con carácter preferente a la autonomía de la voluntad de los operadores la facultad de reglamentar las relaciones de interconexión. En consecuencia, exige a los Estados la eliminación de obstáculos y restricciones que dificulten la negociación y les obliga a la adopción de medidas que preserven esa libertad.

Siguiendo las directrices marcadas por el Derecho Comunitario, es voluntad del legislador español que la obligación de interconexión en cuanto hacer técnico -conexión física y funcional de las redes y servicios de telecomunicaciones- se ejecute y regule preferentemente a través de un acuerdo entre las partes (arts. 22.1 y 22.2 LGT). Con todo y a pesar del tenor literal de la Directiva, la obligación de negociar acuerdos de interconexión no forma parte de la obligación de interconexión. No se impone a los operadores una obligación de medios, cuyo objeto sea la negociación diligente de acuerdos de interconexión y cuyo incumplimiento genere responsabilidad civil o administrativa. Como ya he

indicado, el Derecho de las Telecomunicaciones sólo impone una carga de negociar¹²¹, a riesgo de soportar la intervención heterónoma del ente regulador (en España, la CMT). La “obligación *de negociar*” es sólo un presupuesto que proscribe esta intervención. Mientras existan negociaciones entre las partes, la CMT no intervendrá imponiendo una reglamentación de la relación de interconexión ajena a la voluntad de las partes. En tal situación, no recae sobre los operadores el deber jurídico de soportar dicha reglamentación. Éste sólo nace cuando las negociaciones se han agotado o no se han iniciado.

La obligación de negociar “*de buena fe*” no es una obligación específica del Derecho de las Telecomunicaciones, sino que ésta se impone con carácter general a la negociación de todo tipo de contrato. Si para cumplir el deber genérico de interconexión, los operadores optan por la vía de la negociación de acuerdos de interconexión, ésta habrá de discurrir conforme a las exigencias de la buena fe (*ex art. 7.1 CC*)¹²². La desviación de este parámetro puede generar responsabilidad por *culpa in contrahendo*.

En ocasiones, la resolución de la CMT en la que se exige la interconexión efectiva de las redes impone a los operadores el “deber” de negociar de buena fe acuerdos de interconexión en un plazo determinado. Aunque forme parte del contenido de un acto administrativo, no se trata de un auténtico deber jurídico, sino de una carga. Su incumplimiento puede constituir una infracción administrativa sólo en cuanto forma parte de un acto administrativo, cuyo incumplimiento constituye una infracción administrativa (art. 79.15 LGT). Pero el incumplimiento del deber de negociar sólo constituye *per se* un comportamiento antijurídico, cuando la negativa constituya un abuso de posición de dominio desde la perspectiva del Derecho de la competencia (art. 6.2.c LDC). Ante la ausencia

¹²¹ Víd *supra* acepción 2ª.

¹²² Como ha indicado el profesor CARRASCO PERERA, A., la aplicación de esta regla de buena fe objetiva (entendida como “exigibilidad de una conducta social, ética o comercialmente honesta”) no está subordinada a una remisión expresa hecha por el legislador ordinario por constituir un principio general que pertenece “al acervo común de los Ordenamientos de los Estados miembros, y de la propia Unión” (“Mala fe, prescripción e incongruencias en el caso NIKE, LA LEY, núm. 5024, de 30-3-2000, págs. 1-5; concr. citas literales págs. 2 y 3).

de negociación y dada la necesidad de reglamentar la relación derivada de la interconexión física y funcional de las redes, surge para los operadores el deber de soportar la reglamentación heterónoma impuesta por la CMT. En caso de que del incumplimiento de esta carga de negociar de buena fe acuerdos de interconexión se deriven daños para el operador afectado, nace la obligación de resarcir los daños que el comportamiento contrario a la buena fe haya ocasionado. Esta obligación de resarcir no procede del incumplimiento del acto administrativo sino de la responsabilidad por culpa *in contrahendo*.

También se habla de “obligación de negociar cláusulas de los acuerdos de interconexión” para el caso de anulación por el órgano administrativo o judicial competente, de algunas de las cláusulas negociadas por los operadores¹²³. Tampoco esta obligación forma parte de la “obligación de interconexión” de la LGT. Es igualmente una carga derivada del contrato. La consecuencia jurídica de la ausencia de negociación será la integración del contrato conforme a las reglas civiles de integración contractual (art. 1258 CC). Pero la negativa a negociar nuevas cláusulas carece de trascendencia para el Derecho de la Telecomunicaciones¹²⁴.

¹²³ El apartado 16 del Acuerdo de Interconexión-tipo contenido en la OIR de Telefónica para el año 2000 dispone literalmente: “La declaración de nulidad de una o más cláusulas de este Acuerdo por parte de la Autoridad competente, no perjudicará la validez de las restantes, que conservarán su fuerza vinculante. En este caso *las partes se obligan a negociar una nueva cláusula sustitutoria de la anulada*, que dentro de los términos ajustados a derecho, y con estricto respeto a la resolución o sentencia que haya declarado la nulidad, guarde la mayor identidad de propósito con la cláusula anulada, en cuanto tal finalidad no hubiere sido declarada contraria al ordenamiento jurídico”. La anulación de cláusulas libremente negociadas será objeto de análisis en el capítulo IV de este trabajo.

¹²⁴ La Resolución CMT de 6-4-2000, *Telefónica-Jazztel* (expte. AJ 2000/2154) resuelve el recurso de reposición interpuesto por *Telefónica* contra la Resolución de la CMT de 27-1-2000 que exigía la modificación de algunas de las cláusulas del Acuerdo General de Interconexión suscrito con *Jazztel* en el plazo de 10 días. La recurrente alegaba la libertad de las operadoras para negociar la modificación de la cláusula anulada en virtud de lo estipulado en el Acuerdo que no fijaba un plazo máximo de negociación. La CMT desestima el recurso en este punto y declara: “La entidad recurrente confunde la posibilidad de volver a negociar una cláusula que ha sido declarada nula por resolución de esta Comisión, tal y como prevé el apartado 16 del Acuerdo de Interconexión suscrito por las partes interesadas en este expediente [...], con el cumplimiento de lo dispuesto en una resolución en la que se obliga a las partes destinatarias a suprimir o modificar unas determinadas cláusulas en un plazo determinado. De esta manera, cuando la Comisión en el ejercicio de sus funciones modifica una determinada cláusula, de conformidad con el artículo 22.2 de la LGT, en dicha decisión no viene implícita la ulterior negociación por las partes. [...]. En definitiva, se imponen modificaciones a unas determinadas cláusulas del Acuerdo de Interconexión en un plazo de tiempo determinado [...]. Una vez cumplidas con las mencionadas

4.4. Cuarta acepción: obligación nacida del acuerdo de interconexión o de la resolución de la CMT.

La “Obligación de interconexión” puede ser entendida como obligación nacida del acuerdo de interconexión o de la reglamentación heterónoma impuesta por la CMT. El acuerdo o la resolución concretan el deber genérico de interconexión en deberes específicos, cuyo cumplimiento es exigible a determinado operador en las condiciones establecidas en el acuerdo o en la resolución (vgr. habilitar los puntos de interconexión, encaminar las llamadas, permitir el acceso a las propias edificaciones, pagar el precio,...etc.). Se hablará de “obligaciones contractuales de interconexión” u “obligaciones impuestas de interconexión” en función de que su fuente sea el acuerdo o la resolución de la CMT¹²⁵.

En función de cuál sea el criterio de clasificación, cabe distinguir entre obligaciones legales *versus* otras obligaciones (contractuales o impuestas); obligaciones de Derecho público y obligaciones de Derecho privado; obligaciones de eficacia privada perfecta y obligaciones de eficacia privada imperfecta. La utilidad de esta clasificación se expondrá en el epígrafe dedicado al contenido del acuerdo de interconexión y la resolución de la CMT como fuentes inmediatas de la obligación de interconexión (*infra* 3.2).

A) Obligaciones legales de interconexión versus otras obligaciones contractuales o impuestas.

La distinción entre “obligaciones legales de interconexión” y “otras obligaciones contractuales o impuestas” no alude a la fuente de la que proceden, sino a su contenido material imperativo o dispositivo, el interés que satisfacen

obligaciones ..., nada impide a las partes para que posteriormente las cláusulas que forman parte del acuerdo se vuelvan a negociar, siendo en este último momento donde se aplicaría lo establecido en el apartado 16 del Acuerdo de Interconexión” (FJ B Primero).

¹²⁵ Adviértase que no es que emplee los términos deber/obligación como sinónimos, sino que considero la obligación como una relación estructurada sobre el binomio derecho-deber. Es a este deber al que me refiero cuando digo que el acuerdo o la resolución concretan el deber genérico en deberes específicos.

predominantemente y las consecuencias de su incumplimiento. Ambas pueden integrar la reglamentación autónoma o heterónoma de la interconexión. La relevancia de la distinción radica en los efectos del incumplimiento de unas u otras:

- Por *obligaciones legales de interconexión* se entienden aquellos deberes de todos los operadores de un mismo tipo exigidos por la legislación sectorial con carácter imperativo y cuyo cumplimiento es relevante no sólo desde la perspectiva del interés individual del operador inmerso en una relación de interconexión, sino también desde la perspectiva de la salvaguarda del interés público en la interconexión (v.gr. deber de adoptar en redes especificaciones técnicas que las hagan hábiles para la interconexión o desplegar un número mínimo de puntos de interconexión, entre otras)¹²⁶.

El contenido de estas obligaciones podría sintetizarse en el conjunto de deberes jurídicos que hacen posible la conexión física y funcional de las redes, garantizando la interoperabilidad de los servicios y el mantenimiento de la competencia. Es éste el núcleo esencial del deber genérico de proveer interconexión que se convierte en el objeto del acuerdo de interconexión o en el contenido mínimo de la resolución de la CMT, que en defecto de acuerdo “podrá exigir que *se haga efectiva la interconexión*”(se conecten las redes) y sólo “cuando proceda” establecerá las condiciones para la misma (art. 22.3 LGT). Quizá más que de obligaciones legales de interconexión, debería hablarse de una única “obligación legal de interconexión” que es la de conectar física y funcionalmente las redes de forma que se garantice la interoperabilidad de los servicios y la salvaguarda de la competencia, en los términos del acuerdo o de la resolución¹²⁷.

¹²⁶ Cfr. art.27.2 Orden de Licencias cuyo apartado 2.2 exige a los operadores titulares de un licencia tipo B establecer “al menos un punto de interconexión en cada una de las provincias en las que vayan a prestar el servicio”.

¹²⁷ El concepto de “obligaciones legales” en el sentido que aquí se utiliza nada tiene que ver con los conceptos de “obligaciones de servicio público” y “obligaciones de carácter público” a las que se refiere el art. 36 LGT (sobre esto v. CHINCHILLA MARÍN, C., “Artículo 36 LGT” en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y DE LA QUADRA-SALCEDO, T. (Coord.), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. Civitas. Madrid, 1999, págs. 270-274.

Corresponde a la CMT garantizar su cumplimiento, independientemente de que la relación de interconexión se haya creado por acuerdo o resolución de la CMT¹²⁸. Su incumplimiento constituirá en todo caso una infracción administrativa por incumplimiento de obligaciones en materia de interconexión (art. 79.10 LGT), al margen de que éstas hayan nacido del acuerdo o de la resolución de la CMT¹²⁹. Ello no impide que en la medida en que el cumplimiento de estas obligaciones afecta al interés individual del operador en la interconexión, éste pueda exigir judicialmente su cumplimiento y en su caso, la indemnización por los daños derivados del incumplimiento o cumplimiento defectuoso.

- Por *otras obligaciones pactadas o impuestas* se entienden aquéllas no exigidas con carácter general e imperativo por la normativa sectorial, pero que junto a las obligaciones legales son necesarias para reglamentar la relación jurídica derivada de la interconexión (vgr. condiciones de pago y facturación, localización y conservación de puntos de interconexión, plazo de reparación de averías, distribución de responsabilidades por fallos del servicio...etc.). Son lo que el artículo 22.3 LGT denomina “condiciones” para la interconexión. Si proceden del acuerdo son expresión de la autonomía de la voluntad de las partes; si proceden del acto administrativo son aplicación de la norma al caso concreto¹³⁰. El cumplimiento de estas obligaciones es relevante *predominantemente* desde la perspectiva del interés individual de los operadores. Su incumplimiento sólo será

¹²⁸ Sobre el carácter indisponible del cumplimiento de estas obligaciones ilustra la resolución CMT de 23-11-2000, de contestación a la consulta realizada por American Telecom, S.A. con respecto a la posibilidad de que operadores con Licencia B1 de ámbito nacional puedan terminar llamadas provinciales generadas en provincias sin punto de interconexión durante el periodo de implantación en las cincuenta provincias. En ella, la CMT declara la “imposibilidad” de que un operador (en el caso, Telefónica) incumpla la interoperabilidad de los servicios telefónicos procediendo al bloqueo de llamadas, ni aún cuando el otro operador incumpla la obligación impuesta en su título habilitante de desplegar un punto de interconexión por provincia (apdo. IV.1).

¹²⁹ Lo que quiero decir es que si por desavenencias contractuales, los operadores no interconectan física y funcionalmente las redes perjudicando el interés general, la CMT emitirá un acto administrativo en el que exija la interconexión efectiva y en su caso, impondrá una sanción a los operadores por no cumplir sus obligaciones de interconexión (por el acuerdo han dejado de ser deberes genéricos no exigibles y se han convertido en deberes concretos exigibles a los operadores parte en un acuerdo).

¹³⁰ VELASCO CABALLERO, F., *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*. Tecnos. Madrid, 1996, págs. 37 y 38.

sancionable en vía administrativa en cuanto integren el contenido de un acto administrativo (art. 79.15 LGT), pero no si forman parte del acuerdo de interconexión.

B) Obligaciones de Derecho privado y obligaciones de Derecho público.

Desde la perspectiva del sujeto habilitado para exigir su cumplimiento, las obligaciones de interconexión nacidas del acuerdo o de la resolución pueden clasificarse en *obligaciones de Derecho privado* (frente a otro particular) y *obligaciones de Derecho público* (frente a la Administración). La distinción tampoco obedece en este caso a la fuente origen de la obligación sino al reconocimiento de un derecho subjetivo al operador acreedor de interconexión en el marco de la relación obligatoria¹³¹. Una misma obligación -nacida del acuerdo o del acto administrativo- puede ser simultáneamente de Derecho público y de Derecho privado. Existirá entonces una doble tutela de los intereses -públicos y privados- en la interconexión.

C) Obligaciones de eficacia privada perfecta versus obligaciones de eficacia privada imperfecta.

La eficacia de Derecho privado de las obligaciones de interconexión no será idéntica para las obligaciones nacidas del acuerdo y del acto administrativo. Distinguiré entre *eficacia de Derecho privado perfecta e imperfecta*:

- Si existe *acuerdo* de las partes, el cumplimiento de las obligaciones (legales, no “otras obligaciones pactadas”) se tutela en vía administrativa (ejecución forzosa y sanción) y también en vía privada (remedios contractuales típicos). Las obligaciones nacidas del acuerdo de interconexión tienen *eficacia interprivada perfecta*, en cuanto que uno de los sujetos vinculados en la relación

¹³¹ Adviértase que la distinción entre obligaciones legales *versus* otras obligaciones y obligaciones de Derecho privado *versus* obligaciones de Derecho público es fruto de la observación de las obligaciones de interconexión derivadas del acuerdo o de la resolución de la CMT desde perspectivas distintas: contenido material y sujeto frente al que se ostenta el deber jurídico. Pero no son categorías incompatibles.

jurídica de interconexión ostenta un derecho subjetivo disponible a exigir a otro el cumplimiento de su deber (pretensión de cumplimiento específico, art. 1098 CC) y la consiguiente facultad de exigir una indemnización por incumplimiento (pretensión resarcitoria, art. 1101 CC).

- Si la obligación procede de la resolución de la CMT y aunque ésta constituya una relación *inter privados*, es dudoso que el particular disponga de los remedios contractuales típicos para tutelar su interés. Creo que en este caso el particular sólo ostentará un derecho subjetivo reaccional que le habilita para exigir un resarcimiento en caso de que se le infieran daños por el incumplimiento del contenido del acto administrativo¹³². El operador que pretenda el cumplimiento (específico) de los deberes constituidos por dicho acto solicitará su ejecución forzosa administrativa. Las obligaciones nacidas de la resolución de la CMT que exige la interconexión efectiva tienen *eficacia interprivada imperfecta*¹³³. Ello por las siguientes razones: el particular carece de un derecho subjetivo de ejercicio discrecional o disponible a exigir o no el cumplimiento específico, de no hacerlo él, lo exigirá la Administración (ejecución forzosa de los actos administrativos);

¹³² En el Capítulo IV volveré sobre esta cuestión (epgr. 3.3). Adelanto ya que la concurrencia de obligaciones de Derecho público y privado y la duplicidad de técnicas de tutela (ejecución administrativa-sanción/pretensión civil-indemnización) permite la completa protección de todos los intereses afectados. Una conclusión distinta conduciría a consecuencias no deseadas: por ejemplo, si los operadores han celebrado un acuerdo de interconexión pero el deudor no cumple, ¿quedaría subordinada la protección del interés general en la interconexión al hecho de que el operador acreedor pretenda y obtenga el cumplimiento específico en vía civil? Parece que la respuesta ha de ser negativa; a la inversa, si existe una resolución de la CMT que impone deberes de interconexión pero el destinatario no cumple, perjudicando a otro operador, ¿verá éste satisfecho su interés por la imposición de una sanción administrativa? Evidentemente, tampoco. Incluso aunque por la vía de la ejecución forzosa de actos administrativos se logre su cumplimiento específico, es probable que el operador haya sufrido daños derivados del incumplimiento, que sólo se verán resarcidos mediante el ejercicio de una pretensión de indemnización ante la jurisdicción civil.

¹³³ Abundan en el ordenamiento los ejemplos de normas que en principio no tienen relevancia jurídico-privada, por cuanto no configuran prestaciones patrimonializables por sujetos individualizados y que adquieren relevancia jurídico-privado al sustentar su incumplimiento una pretensión indemnizatoria. El cumplimiento se patrimonializa por medio de una regla de indemnizabilidad (cfr. CARRASCO PERERA, A., *Señas*, pág. 37). En el ámbito del Comercio Minorista, entre otros, los artículos 25 (venta en rebajas); 28 (venta como saldo) 31 (ventas en liquidación) de la Ley 7/1996 adquieren relevancia jurídico-privada conforme a los artículos 15 y 19 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (cfr. CARRASCO PERERA, A y CORDERO LOBATO, E., “Modalidades de venta: competencias estatales, autonómicas y locales” en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 5, enero-abril 1995).

difícilmente admitirá el juez civil una pretensión de cumplimiento (específico) de deberes derivados de un acto administrativo, cuyo cumplimiento ha de ser vigilado por la Administración y en su caso, la jurisdicción contencioso-administrativa; el particular podrá patrimonializar el cumplimiento de estos deberes mediante el ejercicio de una pretensión resarcitoria (derecho subjetivo reaccional).

No obstante, esta eficacia de Derecho privado imperfecta no es igualmente aplicable a todo el contenido de la resolución de la CMT. Sin ánimo de adelantar cuestiones que serán examinadas a lo largo de este trabajo, entiendo que sí tienen eficacia de Derecho privado perfecta las condiciones fijadas por la CMT que reglamentan la relación de interconexión. Así, si la CMT ha fijado un cierto precio de interconexión, el deudor de interconexión tiene un derecho privado subjetivo disponible a exigir el pago de dicho precio. Y el mecanismo para ello es la acción civil.

Lo mismo ocurre respecto a las obligaciones nacidas de resoluciones de la CMT que integran la reglamentación contractual acordada por los operadores (art. 22.3 y 22.2 LGT).

4.5. Quinta acepción: deber de soportar la reglamentación heterónoma impuesta por la CMT.

Conforme a esta acepción, *por “obligación de interconexión”* se entiende el *deber de soportar la reglamentación heterónoma externa impuesta por la CMT*. En otros términos, deber de cumplir el contenido del acto administrativo que exige que se haga efectiva la interconexión y/o en su caso, establece heterónomamente las condiciones de la misma.

La decisión de interconectar las redes escapa a la discrecionalidad de los operadores. Al menos en términos genéricos, todos están obligados a interconectar (facilitar la conexión)(art. 22.1 LGT). Este deber genérico de facilitar interconexión legitima a la CMT, en cuanto garante de la interconexión

[arts.1.Dos.e) LLT y 22.3 LGT], para intervenir emitiendo actos administrativos de eficacia interprivada de los que derivan para los operadores obligaciones verticales (relación CMT-operadores) y horizontales (operadores entre sí)¹³⁴.

Si en el plazo de cuatro meses desde el inicio de las negociaciones o en el plazo estipulado por las partes no se ha logrado el acuerdo de interconexión, o más correctamente, si no se han interconectado las redes y servicios, habiéndose agotado las posibilidades de acuerdo, la CMT podrá intervenir exigiendo que se haga efectiva la interconexión y fijando condiciones para la misma (arts. 22.3 LGT y 2.2 RIN). Su intervención “deberá ser la estrictamente necesaria para conseguir alcanzar el objetivo de proteger los intereses públicos” (art. 22.3 LGT) y es subsidiaria de la voluntad de las partes. Sólo se producirá “en última instancia”, cuando se hayan agotado las posibilidades de lograr el acuerdo¹³⁵.

El acto administrativo emitido por la CMT puede contener todos o algunos de los contenidos que seguidamente se enumeran:

a) *“Exigir que se haga efectiva la interconexión”*. Es el acto administrativo por el que se actualiza y concreta el deber abstracto de interconexión en relación con uno o varios operadores determinados. Por este acto de concreción, el deber genérico se convierte en una obligación concreta (obligación de Derecho público).

La intervención de la CMT se puede producir en dos supuestos distintos (cfr. arts. 1.Dos.2.e Ley 12/1997, 22.3, 25 LGT y 2.2 RIN): i) Cuando uno de los operadores se niegue a satisfacer la solicitud de interconexión de otro operador, expresa o tácitamente (vgr. obstaculizando injustificadamente la negociación de

¹³⁴ Como bien señala CHILLÓN MEDINA, J.M^a, pertenecen estas relaciones a las denominadas “relaciones jurídicas triangulares” (“Estado regulador y Administración de Telecomunicaciones”, en MERINO MERCHÁN, J.F. Y PÉREZ-UGENA Y COROMINA, M., *Curso de Derecho de las Telecomunicaciones*., págs. 185-211, concr. pág. 192.

¹³⁵ Esta intervención de la CMT será analizada con mayor detalle en el epígrafe dedicado a los acuerdos de interconexión (cfr. Cap. III, epr. 3.2), allí se expondrán las razones de interés público que justifican la intervención y algunas reglas para determinar cuando se pueden considerar agotadas las negociaciones.

acuerdos de interconexión); ii) Cuando dos o más operadores, deliberadamente o por mero desinterés en la interconexión, no hayan interconectado sus redes y ello lesione los intereses públicos (vgr. falta de interoperabilidad de los servicios de telecomunicaciones, reparto de mercados...). En ambos casos, por iniciativa de uno de los operadores (caso i), de oficio o a instancia de los usuarios (caso ii), la CMT emitirá un acto administrativo en el que se exige al operador u operadores un determinado comportamiento que actualiza el deber técnico de facilitar interconexión (proveer y soportar la conexión), imponiendo deberes concretos de hacer, no hacer y soportar (vgr. adopción en sus redes de concretas especificaciones técnicas, habilitación de puntos de interconexión, realización de pruebas, abstención de realizar modificaciones técnicas que puedan afectar a la interconexión...). Estos deberes se imponen coactivamente a los operadores y a ellos son aplicables las reglas de ejecución de los actos administrativos. Su incumplimiento constituirá una infracción administrativa (arts. 79.10 y/o 79.15 LGT).

El cumplimiento de estos deberes de interconexión es relevante para el interés público. Pero ello no impide que lo sea también para el interés individual del operador, que podrá solicitar la correspondiente tutela civil (indemnización de daños), en caso de incumplimiento.

Dentro de esta potestad administrativa de exigir la interconexión efectiva ha de incluirse la potestad de autorizar la desconexión de las redes.

b) *“Imponer una reglamentación heterónoma”*. En cualquiera de los dos casos citados en el apartado anterior, la CMT no sólo está legitimada para exigir pura y simplemente la interconexión de las redes imponiendo deberes concretos, sino que también podrá, sin perjuicio de la preferencia por la autonomía de la voluntad de las partes, “imponer condiciones para la misma” (art. 22.3 LGT) (vgr. número mínimo de puntos abiertos a una determinada interconexión, condiciones de implantación de las facilidades de selección y preselección, precios y servicios de interconexión...).

No se pueden establecer criterios estancos que determinen el grado de intervención de la CMT. Es una cuestión casuística que vendrá determinada, entre otros factores, por el inicio o no de negociaciones, el desarrollo y estado de las mismas, la razón que motivó la ruptura de negociaciones.... Sí se pueden formular criterios orientativos que determinan los parámetros entre los que oscilará la intervención heterónoma de la CMT:

- Si las partes no han iniciado negociaciones, por su común desinterés en alcanzar un acuerdo de interconexión (caso ii)¹³⁶ o por la oposición de alguno de los operadores a iniciar el proceso de negociación (caso i), la CMT se limitará a exigir en su resolución la interconexión efectiva (concreción del deber genérico de proveer interconexión), estableciendo un plazo para que las partes determinen por autonomía de su voluntad la reglamentación de la relación derivada del cumplimiento de ese deber;

- Una variante de la intervención anterior es la imposición de condiciones sustantivas de interconexión, que serán de aplicación subsidiaria en defecto de acuerdo de las partes;

- Si el proceso de negociación del acuerdo de interconexión ha alcanzado un estado avanzado, de forma que las partes han alcanzado ya un proyecto de acuerdo sobre ciertos elementos del acuerdo de interconexión, la CMT se limitará a “calificar” las condiciones sobre las que existe acuerdo como condiciones de interconexión, estableciendo condiciones heterónomas sólo para aquellos aspectos para los que las partes no hayan alcanzado un acuerdo. A fin de evitar que el *impass* en la negociación lesione tanto el interés público en la interconexión como el interés de los operadores y en atención a la prioridad a la autonomía de la voluntad de las partes, a instancia de alguno de los operadores (supuesto más frecuente) o de oficio, cuando haya transcurrido el plazo de cuatro

¹³⁶ Adviértase que estos supuestos serán poco frecuentes en la práctica. Al menos así lo atestigua la práctica de la CMT hasta el momento, en la que no se ha realizado ninguna intervención de la CMT sin que existiera interés de alguno de los operadores en la interconexión. Por otra parte, tampoco los operadores rechazarán de plano el inicio de negociaciones de acuerdos de interconexión, sino que disfrazarán su negativa obstaculizando el proceso de negociación.

meses desde el inicio de las negociaciones o el plazo estipulado por las partes (art. 2.4 RIN) sin que exista acuerdo y sin que se logre la interconexión efectiva de las redes, la CMT exigirá que ésta se produzca y establecerá una reglamentación formalmente heterónoma en cuanto se impone por un acto extraño a la autonomía de la voluntad de las partes, pero materialmente autónoma en cuanto su contenido procede de la autonomía de la voluntad de los operadores (son las condiciones ya acordadas por las partes).

Estas condiciones “calificadas” por la CMT como condiciones de interconexión no constituyen el contenido de un acuerdo de interconexión, por más que sean fruto de la negociación de las partes. Sólo existirá un acuerdo o contrato de interconexión cuando se cumpla el *principio de integridad de la contratación*, que exige que sean las partes y no elementos extraños a su voluntad quienes determinen cuándo los acuerdos o preacuerdos negociados constituyen un contrato y cuáles de estos acuerdos o preacuerdos forman parte del contenido definitivo del contrato¹³⁷. Lo que hace la CMT es elevar a la categoría de contenido de un acto administrativo las condiciones acordadas por las partes, “calificando” éstas como condiciones de interconexión vinculantes para ellas.

El acto heterointegrador de la CMT también se limitará a “calificar” como condiciones de interconexión las condiciones fijadas unilateralmente por el operador dominante en su Oferta de Interconexión de Referencia (art. 28 LGT). En caso de conflicto en la negociación de los acuerdos de interconexión, cuando uno de los operadores se acoja a la OIR, las condiciones de interconexión están predeterminadas y la CMT podrá exigir la interconexión en las condiciones de la Oferta¹³⁸.

¹³⁷ Vid. FLUME, W., *El Negocio Jurídico*, traducción de MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. Y GÓMEZ CALLE, E. Tomo II. 4ª Edic. Fundación Cultural del Notariado. Madrid, 1998, págs. 721-724.

¹³⁸ En su resolución de 11-2-1999, *Colt Telecom España-Telefónica*, la CMT adopta como condiciones de interconexión las de la OIR por haberse acogido a ella el operador afectado: “... la adopción como medida cautelar, [...], de considerar la efectividad de parte del contenido de la OIR, no es sino una consecuencia natural del hecho de que Colt se ha acogido a dicha oferta, por una parte, y a la necesidad de garantizar que la interconexión se haga efectiva en su momento” (FD 4º).

- Si las partes han celebrado el acuerdo de interconexión, la CMT puede exigir la modificación de sus cláusulas (art. 22.2.II LGT). Este control del contenido del acuerdo se realiza en atención a dos parámetros de interés general: la salvaguarda de la competencia y la interoperabilidad de los servicios. Si la CMT estima que las condiciones acordadas son lesivas para cualquiera de los intereses citados, emitirá un acto administrativo que impone la obligación de suprimir la cláusula y establece un plazo para la realización de las pertinentes modificaciones (art. 22.2 LGT)¹³⁹.

En todos los casos, las condiciones fijadas por la CMT se suelen configurar como “condiciones mínimas de interconexión”, que pueden ser modificadas por la voluntad de las partes en tanto no se vulneren los mínimos exigidos en la resolución.

c) *“Ejecutar” materialmente la interconexión por la vía de la ejecución de actos administrativos.* La resolución de la CMT contiene un acto administrativo ejecutivo. La Administración, de oficio o a instancia del interesado, podrá imponer su cumplimiento por los medios de ejecución forzosa de los actos administrativos (art. 96 LRJPAC).

La obligación de interconexión, entendida como obligación de soportar la reglamentación heterónoma de la CMT en los términos descritos, armoniza varias exigencias del proceso de liberalización y neorregulación, que ha experimentado el sector de las telecomunicaciones: la primacía de la autonomía privada en la reglamentación de las relaciones de interconexión; la defensa de los intereses públicos en la interconexión y la protección de los nuevos operadores, que se encuentran en una posición negociadora inferior con respecto a los operadores tradicionales.

¹³⁹

Víd. Resolución CMT de 6-4-2000, caso *Telefónica-Jazztel*.

5. NATURALEZA Y FUENTES DE LA OBLIGACIÓN DE INTERCONEXIÓN.

Al hablar de “fuentes de la obligación de interconexión” me refiero a ésta como obligación de proveer interconexión a determinado operador (acepción 4ª). Es una obligación de resultado cuya prestación principal consiste en facilitar (proveer y soportar) la conexión de la red de un tercero a la propia red. El objeto de la obligación es obtener y/o mantener la conexión física y funcional de redes de telecomunicaciones, de modo que se garantice la interoperabilidad de los servicios y el acceso de terceros, y todo ello en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias. Correlativamente, una obligación de este tipo presupone la existencia de un derecho subjetivo de los operadores a obtener y mantener la conexión física y funcional de las redes con los fines y en las condiciones indicadas.

Como no podría ser de otro modo, las fuentes de esta obligación son la ley y la autonomía de la voluntad de las partes (art. 1089 CC). La obligación de interconexión -como el resto- nace de la ley y del contrato, en los términos que seguidamente se explican.

5.1. La LGT como fuente mediata de la obligación de interconexión.

A) *La LGT no impone una obligación de celebrar acuerdos de interconexión.*

En contra de lo que una lectura apresurada de la LGT pudiera dar a entender, *la LGT no es fuente primaria o inmediata de la obligación de interconexión* (entendida como obligación con eficacia de Derecho privado perfecta o imperfecta). De los términos de la Ley, sólo se deriva un deber genérico y abstracto de facilitar interconexión (facilitar y soportar la conexión física y funcional) a la propia red de redes de terceros en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias¹⁴⁰ (arts. 22.1 y 22.4) (acepción 1ª), así como la

¹⁴⁰ Es ésta una manifestación específica en el ámbito de la interconexión del principio de red abierta (ORA o en su denominación inglesa, “Open Network Provision”, ONP), que ha inspirado

carga de negociar las condiciones de la interconexión (art. 22.2 LGT) (acepciones 2ª y 3ª), a riesgo de sufrir la reglamentación heterónoma de la CMT, estando obligados los operadores al cumplimiento en cuanto destinatarios de un acto administrativo (arts. 22.2, 22.3 LGT y 2.4 RIN)(acepción 5ª).

Siguiendo las pautas marcadas por el Derecho comunitario (cfr. art. 3.1 Directiva 97/33 y arts. 3.1 y 4.1 Directiva 2002/19), el legislador español reserva preferentemente al poder de autodeterminación de los operadores la reglamentación de la interconexión, impone a éstos *la carga* (no la obligación) de celebrar libremente acuerdos de interconexión y configura con carácter excepcional y restrictivo la intervención heterónoma de la CMT. En su artículo 22.2, la LGT establece que “los acuerdos de interconexión se celebrarán libremente entre las partes”. Más contundente aún era el tenor literal del artículo 3 de la Directiva de interconexión, conforme al cual “los mecanismos técnicos y comerciales relacionados con la interconexión serán objeto de acuerdos entre las partes interesadas, de conformidad con lo dispuesto en la presente Directiva y las normas sobre competencia del Tratado”. Estas normas no imponen una obligación de contratar a los operadores obligados a interconectar sus redes. Lo que hacen es atribuir a la autonomía privada la iniciativa para disciplinar las relaciones derivadas de la interconexión de redes.

Del tenor literal de la Ley no se deriva la obligación legal de celebrar acuerdos de interconexión. Al contrario, la LGT proporciona premisas que permiten concluir la inexistencia de una obligación legal de contratar. Y es que si todos los operadores de redes y servicios públicos de telecomunicaciones están genéricamente obligados a facilitar la interconexión a cualquier operador del mismo tipo que lo solicite (art. 22.1 LGT)(cfr. acepción 1ª); si la relación de

toda la normativa de liberalización de las telecomunicaciones. En virtud de tal principio, se reconoce la libertad de acceso a los recursos necesarios para que los nuevos operadores puedan desarrollar sus actividades. En particular, se trata de asegurar el acceso a las redes en igualdad de condiciones con los antiguos monopolios que ostentaban su titularidad. Este principio de libertad de acceso a los recursos necesarios no se traduce en el Derecho privado en una obligación de contratar, susceptible de ejecución forzosa por el juez civil, sino en un deber genérico de proveer interconexión, ya sea mediante el acuerdo libremente negociado, ya mediante el acto administrativo de la CMT, que exige coactivamente la provisión de interconexión.

interconexión se disciplinará prioritariamente por el acuerdo de interconexión, libremente celebrado por los operadores (art. 22.2 LGT)(cfr. acepciones 2ª y 3ª) y en su defecto intervendrá la CMT exigiendo la interconexión efectiva o estipulando las condiciones de la misma (art. 22.3 LGT) (acepción 4ª); entonces *los operadores obligados a facilitar la interconexión (técnica) no están obligados a celebrar acuerdos de interconexión, sino a soportar la reglamentación heterónoma impuesta por la CMT en defecto de acuerdo.*

La preferencia por la autonomía de la voluntad de las partes y su libertad para celebrar acuerdos de interconexión no conlleva la imposición a los operadores de una obligación legal de contratar. La exigencia imperativa de interconexión se detiene en la interconexión entendida como deber técnico de proveer interconexión (acepción 1ª), pero no se extiende a la fuente de reglamentación de la relación derivada del cumplimiento de ese deber.

Es de la reglamentación de la relación de interconexión de donde nace la obligación de suministrar interconexión a un operador concreto. Por el acuerdo o la resolución de la CMT el deber genérico de proveer interconexión se actualiza y queda convertido en una obligación de eficacia jurídico-privada (perfecta o imperfecta). En relación a esta reglamentación, las exigencias legales son dos: negociar de buena fe acuerdos de interconexión (acepción 3ª); y en caso de no iniciar la negociación, rechazarla u obstaculizarla, impidiendo el logro del acuerdo de interconexión, soportar la reglamentación heterónoma impuesta por la CMT (acepción 4ª).

La libertad de los operadores queda restringida en lo que se refiere a la decisión de interconectar o no sus redes, entendiendo por tal la ejecución del deber legal genérico de conexión material, susceptible de concreción por medio del acuerdo de interconexión o de la resolución de la CMT. Sin embargo, subsiste la libertad de contratar o no. Si la opción es la segunda (no celebrar acuerdos de interconexión), la interconexión (material) será exigible en las condiciones determinadas por la CMT.

La intervención de la CMT no conlleva la eliminación de la libertad de contratación en el ámbito de la interconexión. En general, la libertad de contratación presenta diversas facetas: la libertad de celebración del contrato, la libertad de determinación de su contenido y las libertades de modificarlo o rescindirlo y resolverlo. Ninguna de ellas desaparece a raíz de la intervención de la CMT, tampoco la libertad de no contratar.

Ningún operador podrá pretender ante la jurisdicción civil la imposición de un acuerdo de interconexión alegando su derecho genérico y abstracto a obtener y mantener la interconexión (*ex art. 22.1 LGT*).

En definitiva, *la LGT sólo es fuente mediata de la obligación de interconexión en cuanto prevé las fuentes inmediatas de ésta: el acuerdo de interconexión (art. 22.2) y el acto administrativo emitido por la CMT (art. 22.3)*. Constatado esto, examinaré a continuación la naturaleza jurídica del derecho de interconexión y expondré los argumentos que justifican la falta de eficacia jurídico-privada de las normas de interconexión.

B) Naturaleza del derecho subjetivo de interconexión.

B.1. Consideraciones generales.

Toda obligación se configura como una situación bipolar. La afirmación de una obligación conlleva, intrínseca y correlativamente, la afirmación de un derecho. Aplicado a la interconexión supone que de existir una obligación legal de facilitar la interconexión a todo solicitante de la misma, existiría también un derecho subjetivo de interconexión. Algunas normas de Derecho positivo mencionan este “presunto derecho de interconexión” (cfr arts. 4.1 Directiva 97/33, 4.1 Directiva 2002/19, 2.1 RIN, 23.2, 26.2, 29.2 Orden de Licencias). También algunas de las resoluciones de la CMT aluden a un “derecho de interconexión”¹⁴¹.

¹⁴¹ En la Resolución de 29-4-1999 (BT-Telefónica), se contiene la siguiente argumentación: “ De un lado, el interés público aboga por la conclusión de un Acuerdo entre las partes -el cual daría lugar a la inmediata interconexión efectiva entre ambas redes- lo más pronto posible; [...]”

De los términos literales en que se pronuncian estos textos, parece deducirse la existencia de un derecho de cada operador de redes y servicios públicos de telecomunicaciones a la interconexión, oponible y exigible frente a cualquier otro operador del mismo tipo.

En las líneas que siguen trataré de demostrar que el derecho al que se refieren los textos mencionados no es un derecho privado disponible por su titular, reconocido a los operadores de redes y servicios públicos de telecomunicaciones¹⁴². Para ello, se realizará un análisis comparativo entre los rasgos definitorios de este tipo de derechos subjetivos y las características de la interconexión regulada por el Derecho de las Telecomunicaciones.

Se define el derecho subjetivo como “poder que el ordenamiento concede a un individuo, titular en cada caso de los bienes jurídicos, para proceder sobre estos bienes en orden a la satisfacción de sus propios intereses, excluyendo a los demás”¹⁴³. La figura del derecho subjetivo se edifica sobre “el reconocimiento por el Derecho de un poder en favor de un sujeto concreto que puede hacer valer frente a otros sujetos, imponiéndoles obligaciones o deberes, en su interés propio, reconocimiento que implica la tutela judicial de dicha posición”¹⁴⁴. Una posición jurídica es un derecho subjetivo cuando comporta un derecho de decisión sobre el modo de proceder con el bien. Es intrínseco al derecho subjetivo que la decisión acerca del ejercicio del derecho y por ende, de las facultades que lo integran pertenezca al ámbito de discrecionalidad de su titular. Por otra parte, también implica que sólo al titular del derecho incumbe solicitar a las autoridades

También está, cómo no, el derecho que ampara a BT Tel, de reclamar la interconexión efectiva con el operador dominante” (apdo. III); En su resolución de 12-11-98 (CYC), la CMT afirma que “De lo previsto en los artículos 22 y ss. de la Ley, que establece con carácter general el derecho de interconexión de las redes de telecomunicaciones, se deduce que CYC tiene el derecho a conectar entre sí las redes de telecomunicaciones de las tres demarcaciones en las que CYC es concesionario del servicio de telecomunicaciones por cable,...” (apdo. b).

¹⁴² Sobre esta cuestión cfr. también mi trabajo realizado en colaboración con el profesor CARRASCO PERERA, A., “Interconexión...”, págs. 471 y 508.

¹⁴³ CARRASCO PERERA en la obra dirigida por él, *Derecho Civil. Introducción. Derecho de la persona. Derecho subjetivo. Derecho de propiedad*. Tecnos. Madrid, 1996, p. 248. En similares términos, DIEZ-PICAZO, *Fundamentos, II*, págs. 94 y 102.

¹⁴⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso, II*, pág. 37.

judiciales competentes la aplicación de la norma y la ejecución de la sanción contra quien pretenda desconocer su derecho.

Para dilucidar la naturaleza del “derecho a la interconexión”, conviene contemplar el derecho subjetivo de interconexión a distintos niveles, tal y como se expone a continuación.

B.2. Derecho abstracto.

A este nivel el derecho nace de la propia LGT. A él se refieren las normas arriba mencionadas. Es correlativo al deber genérico de interconexión. Su contenido podría definirse como la genérica expectativa de todo operador de redes y servicios de telecomunicaciones, de lograr y mantener la conexión física y funcional de su red a la red de otro operador. Tal expectativa puede concretarse y convertirse en una pretensión jurídica a través de la celebración de un acuerdo de interconexión o de una resolución de la CMT.

En virtud de tal derecho, su titular sólo está legitimado para realizar los siguientes comportamientos:

i) Solicitar al operador el inicio de negociaciones orientadas a la celebración de un acuerdo de interconexión. Sobre el operador requerido recae la carga de negociar el acuerdo, pero no la obligación. La negativa a negociar sólo conlleva para él la privación de los efectos positivos derivados de la reglamentación autónoma de sus relaciones jurídicas, mediante el acuerdo de interconexión.

ii) En caso de negativa o fracaso de la negociación, el operador podrá solicitar a la CMT la emisión de un acto administrativo, en el que se impongan deberes de hacer, no hacer y soportar al operador requerido de interconexión. Por ostentar un título habilitante para actuar en el mercado de las telecomunicaciones, todo operador goza del derecho a exigir de la Administración una conducta, en

concreto su intervención actualizando el deber genérico de interconexión¹⁴⁵. Obviamente no es un derecho a obtener una resolución favorable a sus intereses individuales. Tampoco es un mero interés objetivo y abstracto en el mantenimiento de la legalidad, concretada en la interconexión de redes y en la interoperabilidad del sistema de telecomunicaciones. Se trata de una situación subjetiva tutelada por la LGT, cuyo titular está legitimado para solicitar del órgano administrativo la emisión de un acto administrativo del que nacen deberes jurídicos concretos para otro operador (ej. facilitar acceso a sus locales, habilitar su red para permitir la conexión, encaminar la llamada según lo exigido en la resolución...etc.) e incluso para el propio solicitante (v.gr. despliegue de puntos de interconexión, pago del precios por los servicios de interconexión prestados)(art. 22.3). En otros términos, la LGT reconoce a los operadores habilitados un derecho subjetivo consistente esencialmente en la posibilidad de poner en movimiento una norma objetiva, el artículo 22.1 de la Ley, en su propio interés¹⁴⁶.

No se trata de un derecho subjetivo privado, sino de un *derecho público y no disponible*, que habilita a su titular para solicitar la constitución de una relación jurídica a través de un acuerdo de interconexión y en su defecto, solicitar la intervención de un ente administrativo, para que éste dicte un acto administrativo que tutela simultáneamente el interés público en la interconexión y el interés privado del operador. Esta calificación se justifica en las siguientes razones:

- El derecho abstracto de interconexión no es un derecho *privado*. No legitima a su titular para exigir ante un órgano jurisdiccional civil el cumplimiento, por un tercer operador, del deber genérico de interconexión (provisión de conexión física y funcional a su red). El particular beneficiado por la norma (operador que pretende la interconexión) carece de la posibilidad de exigir, ante la jurisdicción civil y como derecho propio, el cumplimiento por el otro operador de su deber de proveer interconexión. Tal y como se regula en la Ley, “la obligación de interconexión” (deber genérico de interconexión) no es autoejecutiva. La Ley no prevé elementos suficientes para que por vía judicial se

¹⁴⁵ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso*, II, págs. 37 y 38.

¹⁴⁶ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso*, II, pág. 48.

pueda imponer el cumplimiento de este deber en forma específica. La negativa a proveer interconexión sólo legitima al titular para exigir la intervención de la CMT. A este nivel (ausencia de acuerdo o de acto administrativo de actualización del deber genérico), los intereses de los operadores se tutelan prioritariamente en vía administrativa¹⁴⁷.

- El derecho abstracto a la interconexión no es un derecho *disponible* por su titular. El acreedor u operador que solicita la interconexión no goza de discrecionalidad para ejercer el derecho, éste viene impuesto *ex lege* y en caso de que el titular no esté interesado en el ejercicio del mismo, la Administración, a través de la CMT, podrá sustituir, de oficio o a instancia de terceros (usuarios), el desinterés del operador en la interconexión, exigiendo que ésta se haga efectiva y confiriéndole, en su caso, una reglamentación heterónoma (art. 22.3 LGT).

El derecho a interconectarse es un derecho sustancialmente disponible por la CMT¹⁴⁸, que además de estar habilitada para imponer coactivamente la relación de interconexión, tiene facultades discrecionales de dispensa de dicha obligación o en términos más correctos, ostenta facultades discrecionales para impedir que la obligación nazca. Según el artículo 22.2.II, desarrollado por art. 2.1 RIN, la CMT podrá limitar la obligación de interconexión de forma temporal y caso por caso, cuando existan alternativas técnica y comercialmente viables a ella y cuando la interconexión pedida no pueda satisfacerse por insuficiencia o inadecuación de los recursos disponibles¹⁴⁹. La discrecionalidad de la Administración viene aquí

¹⁴⁷ Cfr. FERNANDO PABLO, M.M., quien afirma: “La naturaleza jurídica de la interconexión es, en efecto, la de una obligación/derecho que nace de la Ley, aunque su imposición en concreto no esté encomendada a los tribunales, sino que en su tutela interviene la Administración (la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, como poder regulador), imponiéndola coactivamente, a falta de acuerdo que fije sus condiciones y determine el alcance de la misma” (*Derecho General de las Telecomunicaciones*. Colex. Madrid, 1998, pág.81).

¹⁴⁸ FERNANDO PABLO, M.M., adopta una posición similar: “...la Comisión impone en concreto un deber público legal genérico que, habida cuenta de que su contrapartida es un verdadero derecho, haya que calificar, inicialmente, de obligación. El hecho de que la relación sea ‘triangular’ hace algo confusa la naturaleza de la interconexión, pues la Administración la impone, en función de habilitación legal, como deber, pero constituye también una obligación, frente a la cual se alza el derecho de otro sujeto no administrativo a exigirla” (*Derecho General*, pág. 81).

¹⁴⁹ Sobre vid. CARRASCO PERERA y MENDOZA LOSANA, “Interconexión...” , págs. 486-489.

condicionada por la exigencia de causas que justifiquen la limitación (recursos escasos y alternativas técnicas y comercialmente viables). No obstante, en presencia de las mismas, la dispensa sigue siendo discrecional (“podrá limitar”)¹⁵⁰.

B.3. *Derecho privado potestativo*

Me refiero ahora al derecho a constituir una relación jurídico-privada de interconexión mediante la celebración de un acuerdo de interconexión. Este “derecho” a reglamentar la interconexión mediante un acuerdo de interconexión no nace de la LGT (art. 22.2 LGT). Ya he justificado la inexistencia de una obligación legal de celebrar acuerdos de interconexión; correlativamente tampoco existe un derecho subjetivo a la celebración del acuerdo. No se trata de un derecho subjetivo sino de una “opción” conferida a un operador de solicitar la celebración del acuerdo a otro operador sobre el que recae la “carga” de negociar y celebrar el acuerdo. La LGT sólo confiere preferencia a la reglamentación de la interconexión mediante el acuerdo de las partes (art. 22.2 LGT). Esta preferencia obedece a la consideración del acuerdo como el instrumento idóneo de satisfacción de intereses privados. Los operadores, que opten por no ejercer esta facultad (opción o carga, según se observe desde la perspectiva del solicitante o del requerido de interconexión) y no celebren acuerdos de interconexión se arriesgan a quedar obligados a soportar la reglamentación heterónoma de la CMT.

Un derecho subjetivo potestativo a la celebración de un acuerdo de interconexión tutelable en vía civil sólo nacerá cuando las partes hayan negociado un precontrato de interconexión o cuando la obligación de contratar derive del Derecho de la competencia¹⁵¹.

¹⁵⁰ Obviamente, cuando afirmo que la CMT tiene facultades *discrecionales* para determinar cuándo nace la obligación de interconexión, me refiero a facultades discrecionales en el marco de la Ley. La CMT aplica la norma al caso concreto, valorando las circunstancias concurrentes en el mismo y concretando los dos conceptos jurídicos indeterminados, que la misma prevé (“alternativas viables” y “recursos insuficientes o inadecuados”). Sobre el control jurisdiccional de esta actuación administrativa vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Administrativo*, I. 9ª Edic. Civitas. Madrid, 1999, págs. 451-478.

¹⁵¹ V. *infra* 5.3.

B.4. *Derecho obligacional o de prestación.*

Este derecho nace del acuerdo de interconexión o de la resolución de la CMT y confiere a su titular el poder jurídico de exigir el cumplimiento de las prestaciones sometidas al derecho.

Es obvio que en presencia de un acuerdo de interconexión entre las partes, el derecho subjetivo público se convierte en un *derecho subjetivo privado u obligacional*, que legitima a su titular para exigir su cumplimiento específico ante los órganos de la jurisdicción civil, sin perjuicio del procedimiento específico de resolución de conflictos diseñados por la LGT (art. 25 LGT) (eficacia de Derecho privado perfecta). Son derechos obligacionales contractuales o privados.

No obstante, *el ejercicio de este derecho no es íntegramente disponible por su titular*. La CMT podrá exigir el cumplimiento de aquellas prestaciones sometidas al derecho que formen parte de las obligaciones legales de interconexión.

Se plantea aquí la duda de si el derecho que examinamos sufre la misma transformación cuando media la resolución de la CMT y no el acuerdo entre las partes. Es decir, si de la resolución de la CMT nacen derechos privados similares a los que surgen del acuerdo cuya tutela es exigible ante la jurisdicción civil. Como ya he señalado y sin perjuicio de su posterior estudio, creo de la resolución de la CMT sólo nacen obligaciones de eficacia interprivada imperfecta. Correlativamente, los derechos subjetivos nacidos de esta resolución no son tutelables en vía civil mediante el ejercicio de una pretensión de cumplimiento (específico o por equivalente) del comportamiento debido. Sin embargo, sí serán tutelables en esta vía por medio del ejercicio de una pretensión resarcitoria en caso de incumplimiento (derecho subjetivo reaccional). Puede hablarse de derechos obligacionales públicos.

Por ahora, baste afirmar que o bien por la ejecución de una sentencia civil (lo que es obvio en caso de que exista acuerdo de interconexión) o bien por la ejecución de un acto administrativo de la CMT¹⁵², el operador podrá satisfacer su interés individual en la interconexión obteniendo de otro particular un comportamiento. Este comportamiento consiste en el cumplimiento de los deberes de hacer, no hacer o soportar en los términos del acuerdo de interconexión o de la resolución de la CMT.

B.5. Derecho subjetivo reaccional.

Del incumplimiento del acto administrativo que impone deberes jurídicos a un concreto operador deriva un nuevo derecho subjetivo. Es un derecho reaccional o de eliminación del perjuicio. Este derecho subjetivo privado y disponible a exigir un resarcimiento es un derecho distinto al derecho subjetivo público que subyace a la situación atacada (derecho a obtener y mantener la interconexión de las redes en las condiciones previstas en la resolución¹⁵³). Tal derecho no existía antes del incumplimiento del deber legal, concretado en la resolución de la CMT.

Este derecho habilita a su titular para exigir un resarcimiento por la causación de un daño injusto. La resolución de la CMT, que obliga a facilitar interconexión, se incumple cuando el operador se niega a proveerla o lo hace de forma defectuosa (ej. incumplimiento de plazos, de obligaciones sobre la habilitación de puntos de interconexión, fijación de precios superiores a los estipulados,...etc). Este incumplimiento es susceptible de ocasionar un perjuicio injusto al operador afectado por la negativa o cumplimiento defectuoso. El perjuicio es injusto y el operador no está obligado a soportarlo en cuanto tal acto

¹⁵² Obsérvese que el acto administrativo cuya ejecución forzosa se solicita puede ser la resolución de la CMT de concreción del deber genérico de interconexión (art. 22.3 LGT) o la resolución del mismo órgano que dirime los conflictos en materia de interconexión (art. 25 LGT).

¹⁵³ El mecanismo natural de tutela de este derecho es la ejecución forzosa del acto administrativo en el que se imponen deberes jurídicos concretos y en su caso, la sanción administrativa.

infringe la legalidad (no el deber genérico de proveer interconexión, sino el deber específico fijado en la resolución de la CMT).

El derecho al que ahora me refiero nace porque este perjuicio injusto afecta al desarrollo de la actividad empresarial o “círculo vital” (*Lebenskreis*) de determinado operador¹⁵⁴. Si el incumplimiento del deber jurídico impuesto en la resolución de la CMT no afectara a la actividad del operador, éste carecería de un derecho subjetivo a exigir el resarcimiento. En tal caso, su interés no pasaría de ser un interés abstracto en el mantenimiento de la legalidad, interés no tutelable por esta vía.

Es esta la razón que justifica la ausencia de un derecho reaccional de este tipo en favor de los usuarios. Éstos pueden solicitar la intervención de la CMT (art. 22.3 LGT). Es decir, pueden instar el inicio de un procedimiento administrativo de ejecución de actos administrativos. Pero los deberes jurídicos derivados de la resolución de la CMT y en su caso, el incumplimiento de ésta no afecta directamente sus intereses legítimos. El incumplimiento de los deberes de interconexión por los operadores de redes y servicios de telecomunicaciones ocasionará un “perjuicio” al usuario, que verá disminuida la oferta de redes y servicios. Pero no puede decirse que el usuario no esté obligado a soportar este inconveniente. La LGT se limita a constatar la facultad del usuario de solicitar el inicio de un procedimiento administrativo, pero no tutela una situación jurídica individualizada. Sí se confiere esta tutela a los operadores de redes y servicios en cuanto disponen de un título habilitante para operar en el sector de las telecomunicaciones y son destinatarios de un acto administrativo de eficacia singular (la resolución de la CMT incumplida).

B.6. Recapitulación.

El derecho de interconexión al que se refiere la legislación sectorial *no es un derecho subjetivo privado y disponible a exigir la provisión de interconexión.*

¹⁵⁴ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso*, II, págs. 51-56.

Tampoco es un derecho a imponer acuerdos determinados, ni un derecho (negativo) a no interconectarse.

Es un *derecho subjetivo público* que confiere a su titular la facultad de solicitar a la CMT que imponga heterónomamente deberes de interconexión (hacer, no hacer y soportar), si el operador requerido de interconexión se niega a celebrar un acuerdo de interconexión u obstaculiza la negociación del mismo (arts. 22.3 y 2.2 RIN). Lo que reconoce la LGT a todo operador es un derecho genérico a que las redes estén física y funcionalmente conectadas y a que esta conexión se realice en condiciones jurídicas y económicas objetivas, transparentes y no discriminatorias. Este derecho es actualizable a través del acuerdo, libremente celebrado con el operador proveedor de interconexión, o de la resolución de la CMT. Sólo en presencia de acuerdo o de resolución de la CMT se puede hablar de derechos subjetivos privados que legitiman al titular para exigir un comportamiento concreto (de hacer o de no hacer) en relación con una interconexión específica.

Hasta que media acuerdo o resolución de la CMT el derecho a interconectarse es un derecho sustancialmente disponible por la CMT, que puede imponer coactivamente la relación de interconexión y limitar la obligación de facilitar la interconexión, temporalmente y caso por caso, en los términos del artículo 22.1.II LGT. Cuando se haya celebrado un acuerdo de interconexión, el ejercicio de los derechos nacidos del mismo es libremente disponible por el operador-acreedor, salvo aquellos relacionados con el cumplimiento de obligaciones legales de interconexión.

C) *Ineficacia jurídico-privada de las normas de interconexión.*

Los artículos 22.1.I LGT y 2.1 RIN, normas que imponen la obligación de facilitar la interconexión y reconocen el derecho recíproco a la interconexión en los términos examinados, no tienen eficacia de Derecho privado (perfecta o

imperfecta)¹⁵⁵. Tales normas sólo adquieren eficacia de Derecho privado en tres supuestos y con distinto alcance: i) cuando integran el contenido del acuerdo de interconexión, celebrado entre los operadores y sometido a las normas generales del Derecho de contratos; ii) cuando existe una resolución de la CMT que, por delegación legislativa, constituye, modifica o extingue relaciones jurídicas privadas; iii) cuando la infracción de las citadas normas constituye un ilícito competencial en los términos y con los requisitos exigidos por el Derecho de la competencia (art. 15 LCD). En el caso *ii*) y en la mayoría de los supuestos del caso *iii*), la eficacia de Derecho privado sólo se alcanza a través de una regla de indemnizabilidad, en cuanto el incumplimiento del acto administrativo o la comisión de un ilícito competencial ocasionen daños resarcibles (eficacia de Derecho privado imperfecta) y no es posible exigir el cumplimiento (específico o por equivalente) ante un órgano jurisdiccional civil.

Tampoco las Directivas ONP contemplan la imposición de obligaciones de interconexión como obligaciones de eficacia *inter privados*. Tales Directivas imponen la obligación de transparencia, así como las obligaciones de suministro y fijación de precios. En concreto, la Directiva de Interconexión preveía que “los organismos autorizados a suministrar redes públicas de telecomunicaciones y/o servicios de telecomunicaciones accesibles al público, que figuran en el Anexo II, tendrán derecho y, cuando así lo soliciten organismos de esta categoría, *la obligación de negociar interconexión mutua* con el fin de prestar los mencionados servicios y con vistas a garantizar el suministro de estas redes y servicios en toda la comunidad” (art. 4.1)¹⁵⁶. El texto en cursiva no ha de conducir a error. Las

¹⁵⁵ Sobre la eficacia de Derecho privado de las normas y los criterios determinantes de ésta, véase CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. Y GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Derecho de la Construcción y la Vivienda*. 2ª Edic., actualizada y revisada. Dilex. Madrid, 1998, pgs. 598 ss; así como CARRASCO PERERA, A., *El Derecho Civil: señas, imágenes y paradojas*. Tecnos. Madrid 1988 pg. 58, donde se afirma que sólo se podrá decir que la norma tiene carácter civil una vez que ésta supere lo que el autor llama “*test de realización procesal*”, conforme al cual, un pronunciamiento de tal índole exige “en último extremo, saber hasta qué punto el Derecho puede consentir que un particular ostente una pretensión de exigibilidad o de resarcimiento o de cesación ante un tercero cuando esta pretensión aparezca fundamentada en una norma heterointegrada en cuya formulación el legislador no haya tenido en cuenta directamente el interés particular de quien pretende la puesta en práctica o la realización del interés tutelado por la norma”.

¹⁵⁶ En términos similares se pronuncia el art. 4.1 de la Directiva 2002/19.

Directivas no imponen una obligación de suministro en sentido jurídico-privado, sino un deber genérico de suministrar interconexión sólo exigible por la Administración Pública, a través de la Autoridad Nacional de Reglamentación (ANR), de oficio o a instancia de otros interesados (operadores o usuarios) (cfr. arts. 9.6 de la Directiva 97/33 y 5.1.II Directiva 2002/19). A diferencia de las obligaciones resultantes de las normas de competencia, en particular de los artículos 81 y 82 TUE, esta “obligación de suministro” a la que se refieren las Directivas ONP no tiene efecto directo en las relaciones entre particulares. Las normas de competencia producen efectos directos en las relaciones entre particulares que han de ser protegidos por los órganos jurisdiccionales nacionales¹⁵⁷. La normativa ONP no impone una obligación de suministro de efecto directo entre los particulares, sino un deber genérico, confiriendo a la ANR -en España, la CMT- la potestad de exigir el cumplimiento de tal deber, si así lo demandan las necesidades de liberalización e introducción de competencia efectiva en el mercado¹⁵⁸.

A continuación se exponen varios argumentos que justifican la declarada ineficacia jurídico-privada de las normas de interconexión.

C.1. Interés tutelado por la norma. La atribución del derecho subjetivo público a la interconexión como instrumento de tutela del interés general.

El interés tutelado por la norma no es directamente el interés individual de los operadores. En la interconexión de las redes concurren diversos intereses¹⁵⁹. A saber: i) el interés público en la interconexión, que se concreta en la implantación de la competencia efectiva y en la interoperabilidad de las redes y servicios

¹⁵⁷ Cfr. apdo. 27 de la Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso. Las consecuencias del efecto directo de las normas de competencia en relación a la interconexión serán examinadas en el apdo. 5.3 de este Capítulo.

¹⁵⁸ El apdo. 62 de la *Comunicación sobre aplicación de las normas de competencia* corrobora lo que acabo de afirmar: “Las ANR podrán exigir que se cumplan unos niveles estrictos de transparencia, el cumplimiento de obligaciones de suministro y de prácticas de precios en el mercado, especialmente cuando sea necesario en las fases iniciales de la liberalización”.

¹⁵⁹ Cfr. TORRES LÓPEZ, M^a.A., *Las comunicaciones móviles y su régimen jurídico. Especial tratamiento de la telefonía móvil*. Civitas. Madrid, 1998, pág. 455.

públicos de telecomunicaciones; ii) el interés económico-empresarial de los operadores, desdoblado, a su vez, en dos intereses susceptibles de entrar en conflicto, el interés de los operadores dominantes en minimizar la facilidad de interconexión o en proporcionar ésta a precios económicamente eficientes y el interés de los nuevos operadores en lograr la interconexión a precios asequibles, como instrumento imprescindible para su implantación en el mercado (interés coincidente con el interés público en la eliminación de barreras de acceso al mercado); iii) el interés de los usuarios, coincidente con el interés público, en disponer de una oferta de servicios eficaces e interoperativos y en aumentar su capacidad de elección a coste razonable.

La norma toma en consideración esta pluralidad de intereses, concediendo a cada uno una tutela específica, sin perjuicio de su imprescindible interrelación. A la CMT corresponde la tutela del interés público en la interconexión; a los operadores se les reconoce un derecho a la interconexión (derecho subjetivo público y no discrecional), y a los usuarios se les habilita para solicitar a la CMT el inicio de un procedimiento administrativo encaminado a exigir la interconexión efectiva de las redes.

La finalidad prioritaria de la norma es la promoción de la interconexión de las redes y servicios de telecomunicaciones, no tanto para satisfacer las pretensiones individuales de acceso al mercado de cada uno de los operadores que lo demande, como para tutelar el interés público en la instauración de la competencia en el mercado de las telecomunicaciones y en el desarrollo global del sistema de comunicaciones, garantizando la interoperabilidad de los servicios. Estos objetivos, perseguidos por la LGT en su conjunto [arts. 3.a) y d) LGT], son declarados también expresamente en relación a la interconexión. Se afirma en la Exposición de Motivos de la Ley que "se regula la interconexión de las redes, con la finalidad fundamental de garantizar la comunicación entre los usuarios, en condiciones de igualdad y con arreglo al principio de leal competencia entre todos los operadores de telecomunicaciones" (párrafo séptimo, punto primero *in fine*).

Que sólo los titulares de *redes públicas* de telecomunicaciones y los operadores de *servicios de telecomunicaciones disponibles al público* tengan obligaciones legales de interconexión es ya un dato elocuente del carácter público de la protección dispensada por la norma¹⁶⁰. A mayor abundamiento en esta argumentación (la prioridad del interés general como interés tutelado por la norma), se observa que las facultades atribuidas a la CMT en materia de interconexión forman parte de su función genérica de garante de la competencia en el mercado de las telecomunicaciones [cfr. art. 1.Dos.1 y 2, e) Ley 12/1997]. Su intervención imponiendo parte del contenido de los acuerdos de interconexión o controlando el contenido establecido por las partes sólo se justifica por razones de interés público (cfr. arts. 22.3 y 22.2.I LGT, respectivamente). El posible desequilibrio entre las posiciones negociadoras de las partes no es motivo suficiente para justificar una injerencia de la Comisión de esta índole¹⁶¹.

El interés de los operadores queda protegido en cuanto componente del interés general (interoperabilidad de los servicios e implantación de la competencia), pero no es objeto principal de protección. La atribución de un derecho público subjetivo a la interconexión es un instrumento de tutela del interés general. Interés público en la interconexión e interés individual de cada operador en lograr la interconexión, aún siendo diferentes, no son categorías incompatibles¹⁶². Al contrario, entre ellas existe una relación de instrumentalidad, que permite su tutela simultánea y recíproca¹⁶³.

¹⁶⁰ No pesa esta obligación de interconexión sobre los titulares de redes privadas de telecomunicaciones (utilizadas para la prestación de servicios no disponibles al público) (Cfr. Cndo. 4º Directiva 97/33). Éstos, en ejercicio de la autonomía de su voluntad podrán llegar a acuerdos de interconexión con otros operadores de su misma categoría o con operadores de redes y servicios públicos de telecomunicaciones, pero tales acuerdos no están sometidos al régimen de la LGT, ni del RIN, salvo que las partes acepten su aplicación.

¹⁶¹ Al equilibrio de las partes como principio inspirador de la actuación de las ANR se refiere expresamente el artículo 9.5 de la Directiva de Interconexión: "La resolución del litigio deberá constituir un equilibrio justo entre los intereses legítimos de ambas partes". Ni la Ley 12/1997, ni el Reglamento de la CMT recogen expresamente este principio. No obstante, aun en ausencia de mención expresa, tal principio también se aplicará a la actuación de nuestra CMT, pero no constituirá el objeto principal de su intervención (cfr. art. 2.6.h RIN, que entre los criterios a tener en cuenta en la resolución de conflictos por la CMT cita "las posiciones relativas de las partes en el mercado").

¹⁶² El interés público o general reside en la consecución de un sistema de telecomunicaciones desarrollado (el grado de desarrollo satisfactorio variará en función del desarrollo de la Tecnología

Cada uno de los operadores de telecomunicaciones, que disponen del correspondiente título habilitante y están interesados en obtener y mantener la conexión física y funcional de sus redes con las de terceros están habilitados para realizar todas las actuaciones técnicas y negociales encaminadas a alcanzar la interconexión de las redes, conforme a su poder de autodeterminación y con preferencia a la intervención de la CMT. Es en defecto de esta actuación cuando queda legitimada la Administración para intervenir en defensa de los intereses colectivos y exigir la interconexión efectiva. La tutela del interés (colectivo e individual) en la interconexión se logra mediante la asignación de derechos subjetivos, en los términos indicados (derecho subjetivo público y derecho privado potestativo) y la protección institucional de la CMT.

en cada momento), en el que redes y servicios sean interoperativos, satisfagan las necesidades de los usuarios y los operadores actúen en régimen de libre competencia. El interés particular de los operadores en la interconexión, entendiendo por tal el interés de los nuevos operadores, -ya que en las primeras fases de la liberalización del sector, el operador tradicional o bien ostenta un mínimo interés en la interconexión, salvo la internacional, o bien carece de todo interés en ella-, sin excluir los fines de interés general, versa, prioritariamente, en lograr una conexión física y funcional de su red (por lo general, parcialmente desarrollada o inexistente) a la de otro operador, que le permita acceder al mercado y maximizar el número de potenciales clientes a los que prestar servicios. Sin perjuicio de las diversas motivaciones de uno y otro, interés público e interés privado coinciden en la necesidad de lograr la conexión física y funcional de las redes en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias (víd. VICIANO PASTOR, J., *Libre competencia*, págs. 63 y 64; 89 y 96). La concepción de la libertad de empresa, constitucionalmente reconocida, como derecho subjetivo y como institución digna de protección (SORIANO GARCÍA, J.E., *Derecho Público*, págs. 85-101) incentiva y, a la vez, limita la intervención de los poderes públicos en defensa del interés público (cfr. VICIANO PASTOR, J., *ibídem*, págs. 121 y 122). Aun siendo difícil de compaginar, la combinación adecuada de las vertientes institucional y subjetiva de la libertad de empresa garantiza que “los concurrentes en el mercado actúen libremente y, al mismo tiempo, que respeten las reglas del juego del mercado” (SORIANO GARCÍA, *ibíd*, pág. 18). Sobre la intrínseca complementariedad de la faceta institucional y subjetiva de la libertad de empresa víd. SORIANO GARCÍA, *ibíd*, pág. 34.

¹⁶³ Este esquema de protección del interés general a través del reconocimiento de un derecho individual, que a la vez tutela los intereses del particular, titular del mismo, recuerda al utilizado en otros sectores del ordenamiento jurídico. Así por ejemplo, en el Derecho de marcas, la marca es un bien patrimonial que otorga a su titular un derecho exclusivo al uso y explotación de la misma y simultáneamente, sirve para tutelar el interés de los consumidores (interés general), evitando los riesgos de confusión de productos (cfr. LOEWENHEIM, U., “Requisitos de protección y modo de adquisición del derecho a la marca comunitaria” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Coord), *Marca y Diseño Comunitario*. Aranzadi. Pamplona, 1996, págs. 77-89, concr. pág. 78).

Por delegación legislativa, la CMT crea, a través de su resolución y para unos operadores concretos, una obligación de proveer interconexión y establece las condiciones en la que ésta se ha de proveer. Esta obligación está dotada de la eficacia de los actos administrativos, pudiendo la Administración, de oficio o a instancia del interesado, imponer su cumplimiento por los procedimientos de ejecución de actos administrativos legalmente admitidos (art. 96 Ley 30/1992)¹⁶⁴.

Para cerrar el sistema de tutela de los intereses concurrentes en la interconexión, la LGT habilita a los usuarios de telecomunicaciones, -que sin ser partes en la relación de interconexión, ostentan interés en ésta-, para que soliciten a la CMT su intervención, a efectos de exigir a los operadores la interconexión efectiva de sus redes (art. 22.3 LGT). Este interés de los usuarios no es tutelable ante la jurisdicción privada. No ostentan una pretensión de cumplimiento de la obligación de interconexión y su intervención se reduce a solicitar el inicio de un procedimiento administrativo ante la CMT, en defecto de iniciación de oficio o a instancia de alguno de los operadores afectados por la ausencia de interconexión. Tampoco son los usuarios titulares de un derecho subjetivo reaccional a exigir una indemnización por la causación de daños. Como ha quedado explicado, la Ley no tutela la situación jurídica individualizada de los usuarios.

C.2. Inexistencia de una pretensión jurídico-privada de cumplimiento de la obligación legal de interconexión.

Las prestaciones que integran el objeto de la obligación legal de interconexión (entendida aquí como deber genérico y abstracto) no son exigibles entre particulares y su incumplimiento no es susceptible de sustentar una pretensión de cumplimiento ante la jurisdicción civil. En ausencia de acuerdo, un operador sólo puede exigir la interconexión solicitando la previa intervención de la CMT.

¹⁶⁴ Lo que no queda claro es la eficacia interprivada de este acto y las posibilidades del particular afectado de exigir judicialmente su cumplimiento mediante el ejercicio de una pretensión ante los tribunales del orden civil. Esta cuestión excede del objeto de este epígrafe, por lo que se pospone su análisis al Capítulo IV, epgrs. 3.3, letra A) y 3.4, letra F).

Si no media acuerdo o acto administrativo, los operadores no podrán exigirse recíprocamente la interconexión ante la jurisdicción ordinaria, como tampoco podrán ser sancionados por incumplimiento de sus obligaciones en materia de interconexión (art. 79.10 LGT). Sólo es posible hablar de “obligaciones en materia de interconexión”, cuyo incumplimiento constituye una infracción del artículo 79.10 LGT en aquellos casos en los que la obligación ha nacido. Lo que se produce cuando media un acuerdo entre las partes o una resolución de la CMT constitutiva de obligaciones para los operadores.

Ningún operador podrá pretender ante la jurisdicción civil la imposición de un acuerdo de interconexión alegando su derecho genérico y abstracto a obtener y mantener la interconexión (*ex* art. 22.1 LGT). Lo que acaba de afirmarse encuentra tres firmes apoyos en el texto legal:

i) El cumplimiento del deber genérico de interconexión (la conexión de las redes) necesita de una reglamentación específica, que el juez civil no está en condiciones de emitir. La LGT prevé cuáles han de ser las fuentes de esa reglamentación: la autonomía de la voluntad de los operadores (art. 22.2 LGT) o la voluntad unilateral de un órgano administrativo (art. 22.3 LGT). El juez ordinario conocerá del cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones derivadas del acuerdo o del acto administrativo (lo que no será frecuente, dado el peculiar mecanismo de resolución de conflictos por la CMT previsto en el artículo 25 LGT). Pero en ausencia de acuerdo o resolución, no podrá reglamentar *ex novo* la relación de interconexión. No está habilitado para imponer una reglamentación y suplantar así la voluntad autónoma de las partes o unilateral y heterónoma de la CMT. Carece de legitimación para interferir en la esfera que la Ley reserva privativamente al poder de autodeterminación de los particulares (principio de integridad contractual)¹⁶⁵ o al poder coactivo de la CMT (principio de separación de poderes)¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Cfr. FLUME, *El negocio*, pág. 29.

¹⁶⁶ Sobre la atribución privativa de competencias a la Administración en relación con la Jurisdicción, ha afirmado el TS que “la neta separación que existe entre Administración y Jurisdicción, [...] determina que ésta no pueda conocer de aquellas materias que entran en el

ii) El juez civil no puede sustituir a la CMT en su potestad de determinar con discrecionalidad técnica los términos de la relación de interconexión, en aquellos casos en los que la LGT ha atribuido a la CMT esta facultad¹⁶⁷. Entre CMT y operadores media una relación de sujeción especial que justifica la intervención preferente del órgano regulador en las relaciones interprivados. La CMT es el órgano expresamente encargado de garantizar la interconexión, razón que justifica su facultad de intervención en las relaciones interprivadas, previa autorización legal¹⁶⁸.

iii) En particular, la LGT atribuye a la CMT la competencia exclusiva para determinar cuándo el deber genérico y abstracto de interconexión no debe convertirse en un deber específico exigible a un determinado operador. El artículo 22.1.II establece que “La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá limitar esta obligación de interconexión, de forma temporal y caso por caso, cuando existan alternativas técnica y comercialmente viables a ella y cuando la interconexión pedida no pueda satisfacerse por insuficiencia o inadecuación de los recursos disponibles”. Como manifestación de su función garante de la interconexión y sin perjuicio de la revisión de su resolución en vía contencioso-administrativa, la CMT puede declarar inexigible el cumplimiento del deber genérico de interconexión en los términos indicados. Tampoco en este caso está

ámbito competencia de la Administración (sin perjuicio de la revisión jurisdiccional de los actos de la Administración)” (STS 30-12-1993, RJ Az. 1993/9902, FD 3º). La sentencia citada versó sobre la relación entre los órganos jurisdiccionales civiles y los órganos administrativos encargados de la aplicación de las normas de competencia, pero nada obsta para extrapolar su doctrina al Derecho de las telecomunicaciones.

¹⁶⁷ Nada obsta para que el juez exija la ejecución de un precontrato de interconexión. Ello supone la ejecución de obligaciones nacidas de la autonomía de la voluntad de las partes y obviamente no supone injerencia ilegítima en las competencias de la CMT.

¹⁶⁸ Vgr. el artículo 9.3 RIN. Éste precepto obliga a los operadores dominantes a facilitar la interconexión en las centrales de conmutación locales y de nivel superior de conmutación, o lo que es lo mismo, en todas las centrales de conmutación de su red (locales y de tránsito). La norma carece de eficacia de Derecho privado, pues prevé que sea la CMT (y no el juez civil) quien valore la justificación de la negativa a facilitar la interconexión en tales términos: “La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá requerir de los operadores, la justificación técnica de por qué no ofrecen interconexión en determinadas centrales de conmutación y exigir la implantación de alternativas técnicas que permitan, transitoriamente, una interconexión virtual con ellas”.

habilitado el juez ordinario para sustituir a la CMT en su potestad de determinar las situaciones en las que la interconexión es exigible. En defecto de acuerdo o resolución, el juez no podrá pronunciarse sobre la exigibilidad o inexigibilidad del deber genérico de interconexión.

Los argumentos que justifican la proscripción de la intervención del juez civil en defecto de acuerdo de interconexión o de resolución de la CMT se debilitan cuando la interconexión solicitada lo es a la red del operador calificado como dominante por la CMT (art. 23 LGT). Sobre éste recae el deber de publicar una Oferta de Interconexión de Referencia, que contiene las condiciones en las que está dispuesto a facilitar la interconexión a cualquier operador que lo solicite (art. 28 LGT). En favor de la intervención judicial y por aplicación analógica de la jurisprudencia sobre precontrato, podría esgrimirse que el juez está habilitado para conocer de la pretensión de obtener interconexión fundada en un derecho subjetivo abstracto, derivado del artículo 22.1 LGT, e imponer como condiciones a la misma las previstas en la OIR del operador dominante. Ello no invadiría el ámbito reservado al poder de autodeterminación de los operadores o las funciones de la CMT. No obstante, de ser esto así, se negaría la competencia atribuida privativamente a la CMT para pronunciarse sobre la exigibilidad o inexigibilidad del deber abstracto de interconexión en atención a los recursos y alternativas existentes (art. 22.1.II LGT).

Sin perjuicio de ulterior estudio, creo que la función de la OIR no es la de actuar como oferta contractual cuya aceptación por uno de los operadores perfecciona el acuerdo de interconexión y puede ser impuesta como reglamentación de la interconexión por decisión judicial. La OIR es un instrumento al servicio de los principios de transparencia y no discriminación. Publica el catálogo de condiciones mínimas aplicables a todos los operadores, que pueden ser mejoradas o modificadas por negociación de las partes. Pero de la presentación de la OIR no se deriva un deber concreto de facilitar la interconexión a todo solicitante de la misma. De la OIR sólo nacen deberes genéricos que se concretan cuando las condiciones de la Oferta forman parte de un acuerdo de

interconexión o de una resolución de la CMT, que es quién está habilitada en última instancia para decidir si el deber de interconexión del artículo 22.1. LGT es o no exigible.

Concluyendo, las normas que imponen la obligación de interconexión (art. 22.1.I LGT y 2.1 RIN) carecen *per se* de eficacia jurídica de Derecho privado (perfecta o imperfecta). Y sólo adquieren relevancia jurídico-privada, cuando existe un acuerdo de interconexión o una resolución de la CMT que constituyen la relación jurídica de interconexión entre dos operadores. En ausencia de acuerdo de interconexión o de resolución administrativa no existe ningún operador en condiciones de ser obligado a facilitar interconexión (ni civilmente, ni tampoco mediante la sanción administrativa *ex art. 79.10 LGT*). La eventual resolución judicial que impusiera el cumplimiento de esta obligación legal no podría ser ejecutada, porque el juez civil carece de potestad para imponer *ex novo* una reglamentación jurídica a los particulares. Ésta es una potestad privativa de la CMT. Sólo a través de su intervención, el deber genérico de interconexión se convertirá en una obligación jurídica exigible y cuyo incumplimiento es sancionable (art. 79.15 LGT). En este caso, la pretensión actualizable en vía civil no es la de cumplimiento, sino la de resarcimiento por los daños derivados de un incumplimiento de un deber, que el operador no está obligado a soportar (eficacia de Derecho privado imperfecta).

5.2. El acuerdo de interconexión y la resolución de la CMT como fuentes inmediatas de la obligación de interconexión.

La LGT es fuente mediata de la obligación de interconexión en cuanto no establece una obligación legal de proveer interconexión a otro operador que lo solicite, pero sí prevé las fuentes inmediatas de esta obligación: el acuerdo de interconexión y la resolución de la CMT, en los términos y con las matizaciones que seguidamente se explican.

A) *El Acuerdo de Interconexión.*

Dentro de los límites estipulados por ella misma, por el RIN y por el resto del Ordenamiento (en particular, las normas de competencia), la Ley confiere al poder de autodeterminación de los operadores la facultad de crear relaciones jurídico-privadas de interconexión, mediante la celebración de acuerdos de interconexión (art. 22.2 LGT).

La eficacia reconocida al poder de autodeterminación de los operadores, para reglamentar la relación jurídica de interconexión, se sustenta en la consideración del acuerdo o contrato de interconexión como instrumento idóneo para la satisfacción de los intereses concurrentes en la interconexión. El acuerdo, producto de la autonomía privada y sometido a los límites de ésta (art. 1255 CC, en particular, las numerosas normas imperativas sectoriales y las generales de competencia) servirá para garantizar simultáneamente los intereses públicos o colectivos en la interconexión y los intereses privados o individuales en la misma.

Como de los demás contratos, del acuerdo de interconexión nacen obligaciones de Derecho privado o relaciones jurídicas de derecho-deber entre los operadores contratantes. Aunque la *lex contractus* aparece heterointegrada con elementos extraños a la autonomía privada (normas sectoriales imperativas y actos de la CMT que exigen la modificación de condiciones contractuales o fijan ciertos elementos de la relación contractual), las obligaciones nacidas del acuerdo son obligaciones de Derecho privado. El acreedor de la prestación ostenta un derecho subjetivo disponible que le confiere poder para exigir el cumplimiento del comportamiento debido o abstenerse de hacerlo. El objeto de estas obligaciones son *prestaciones de dar* (v.gr. pagar el precio, suministrar información), *hacer* (v.gr. habilitar y conservar los puntos de interconexión, encaminar la llamada conforme a lo estipulado), *no hacer* (v.gr. abstenerse de realizar modificaciones técnicas en su red que puedan afectar a la interconexión) o *soportar* (v.gr. la coubicación de equipos en los locales del proveedor de interconexión). Los operadores están legitimados para exigirse recíprocamente y ante el juez civil el

cumplimiento de la prestación objeto de la obligación. Para tutelar su interés disponen de los “remedios contractuales” típicos [pretensión de cumplimiento específico o por equivalente (art. 1098 CC), resolución de contrato (art. 1124 CC) y en su caso, resarcimiento por los daños causados (art. 1101 CC)¹⁶⁹].

Las obligaciones nacidas del acuerdo de interconexión son “obligaciones de Derecho privado de eficacia perfecta”. Esta calificación es aplicable a todas las obligaciones derivadas del acuerdo, sean “obligaciones legales” u “otras obligaciones pactadas”.

Sin embargo, por ser concreción del deber genérico de interconexión establecido legalmente y cuya salvaguarda se encomienda a la CMT (art. 1.Dos.e LLT), del acuerdo nacen *también obligaciones de Derecho público*. Las obligaciones legales nacidas del acuerdo de interconexión son simultáneamente obligaciones de Derecho público y de Derecho privado. El contenido del acuerdo y su cumplimiento (o más propiamente incumplimiento) no atañe única y exclusivamente a la esfera jurídico-privada de los operadores (al menos por lo que se refiere a la obligación legal de interconectar física y funcionalmente las redes). Tendrá algún efecto en la relación operadores-CMT¹⁷⁰. Y es que el acuerdo de interconexión constituye una *relación jurídico-privada de trascendencia pública*.

La trascendencia pública de esta relación de Derecho privado tiene consecuencias importantes: *i)* La CMT puede exigir la modificación del acuerdo de interconexión, fuente constitutiva de dicha relación (art. 22.2.II LGT); *ii)* la CMT puede conocer de los conflictos derivados de la interpretación y ejecución de estos acuerdos y en su caso, imponer su cumplimiento a través de un acto administrativo. Todas las obligaciones nacidas del acuerdo tienen vocación de

¹⁶⁹ La competencia atribuida por el artículo 25 LGT no puede equivaler a una derogación de la competencia judicial para el conocimiento de los conflictos derivados del acuerdo (v. Cap. IV, 2.1, B).

¹⁷⁰ Relación de sujeción especial que proviene en general de las funciones atribuidas a la CMT como órgano de control del sector (cfr. art. 1 LLT) y en particular, del otorgamiento de un título habilitante a determinado operador para actuar en el mercado de las telecomunicaciones (v.voz “Relación especial de sujeción” redactada por CHINCHILLA MARÍN, C., *Enciclopedia Jurídica Básica*. Civitas, Madrid, 1995, págs. 5755-5761)

convertirse en contenido de actos administrativos dotados de eficacia ejecutiva por la vía del artículo 25 LGT¹⁷¹. Este precepto habilita a la CMT para resolver los “conflictos relativos a la ejecución e interpretación de los acuerdos de interconexión” por medio de la emisión de una resolución vinculante, recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa; *iii*) la CMT podrá sancionar el incumplimiento del contenido del contrato (*ex art. 79.10 LGT*). Esto último sólo cuando el incumplimiento lo sea de las que he denominado “obligaciones legales de interconexión”. El incumplimiento de estas obligaciones lesiona, *además* del interés individual en la relación de interconexión, otro bien jurídico, el interés público en la interoperabilidad de los servicios y el mantenimiento de la competencia (ej. será infracción administrativa el incumplimiento de deberes técnicos que impiden la interoperabilidad de los servicios; por contra, no será infracción administrativa sino incumplimiento contractual el retraso en el pago del precio).

En el marco del acuerdo de interconexión, el cumplimiento de las “obligaciones legales” goza de una *doble tutela*: la pública (ejecución forzosa en vía administrativa y sanción) y la privada (remedios contractuales). El cumplimiento de las “otras obligaciones pactadas” goza sólo de la tutela civil.

B) La resolución de la CMT como acto administrativo de eficacia interprivada.

En defecto de acuerdo de interconexión, la LGT habilita a un ente administrativo, la CMT, para emitir resoluciones (actos administrativos) que crean deberes de interconexión para uno o varios operadores (art. 22.3). Sin perjuicio de la mejor satisfacción de los intereses de los operadores a través de un acuerdo libremente negociado, el interés principal queda satisfecho cuando se logra la interconexión física y funcional de las redes, independientemente de que la relación venga regulada por la autonomía de las partes, plasmada en el acuerdo de interconexión, o por un acto de la CMT de eficacia interprivada.

¹⁷¹

V. Cap. IV, 2.1, B.

B.1. Contenido del acto administrativo.

El artículo 22.3 de la LGT confiere a la CMT la potestad de intervenir en la esfera jurídica de los particulares, creando el deber de interconectar las redes e imponiendo heterónomamente las condiciones a la misma. Cuando la CMT ejerce esta potestad constituye una relación jurídica que vincula verticalmente a los operadores con la Administración y también a aquéllos entre sí.

El contenido de este acto administrativo sólo viene determinado de forma genérica por la legislación sectorial¹⁷². Éste contendrá la exigencia de interconexión efectiva (conexión física y funcional de las redes) y “cuando proceda”, las condiciones para la misma. Goza la CMT de discrecionalidad al configurar el contenido material del acto. No obstante, éste vendrá delimitado por la razón que justifica su intervención: “el objetivo de proteger los intereses públicos”. Sólo colateralmente la Administración tutelaré los intereses de los particulares afectados. Determinar cuál sea la intervención “estrictamente necesaria” para conseguir tal objetivo es una cuestión casuística. Los intereses públicos en juego y las medidas necesarias para satisfacerlos se determinarán en función de las circunstancias del caso concreto.

El contenido típico de este acto administrativo es fijar un plazo en el que los operadores han de “hacer efectiva la interconexión de las redes” y establecer unas condiciones mínimas que garanticen la interconexión material, en defecto de acuerdo. El acto crea una obligación de resultado, imponiendo a los operadores deberes de hacer, no hacer y soportar.

En otras ocasiones, la CMT impone como contenido del acto administrativo el “deber” de celebrar un determinado acuerdo de interconexión. Así ocurrió en la Resolución de la CMT de 29 de abril de 1999, *BT-Telefónica*, en la que la CMT fija un plazo de diez días para que las partes “firmen un Acuerdo de interconexión que permita la interconexión efectiva entre sus redes”,

¹⁷² Sobre los diversos contenidos de este acto administrativo y las consecuencias de su incumplimiento, v. *supra* acepción 5ª.

estableciendo con carácter provisional los precios de los distintos servicios de interconexión prestados recíprocamente por ambos operadores¹⁷³. De similar contenido es la Resolución de 20 de julio de 2000, por la que se resuelve el conflicto de interconexión entre *RSLCom* y *Airtel Móvil*. Pudiera parecer que del acto administrativo nace para las partes la “obligación de celebrar un determinado contrato” y que las partes sólo cumplirán cuando celebren el acuerdo de interconexión en los términos fijados por el acto administrativo, incurriendo de lo contrario en una sanción administrativa. Sin embargo, no nace una obligación de tal índole.

La obligación de celebrar un acuerdo no puede ser el contenido de un acto administrativo o de una medida cautelar en cuanto no es posible la ejecución forzosa del mismo. Lo que hace la CMT en estos casos es “calificar” como condiciones de interconexión aquéllas que ya han sido negociadas por las partes¹⁷⁴. Tales condiciones reglamentarán la relación de interconexión por imposición unilateral y heterónoma de un órgano administrativo aún cuando las partes no lleguen a firmar nunca el contrato en cuestión¹⁷⁵. Las resoluciones de la CMT no imponen obligaciones de celebrar contratos, sino deberes de facilitar (proveer y soportar) interconexión y de hacerlo en las condiciones previstas en la resolución, en defecto de acuerdo de las partes.

En ninguno de los casos expuestos desaparece la libertad contractual. Nada obsta para que los operadores alcancen un acuerdo de interconexión que

¹⁷³ Las partes habían negociado ya gran parte de los elementos del acuerdo de interconexión. El conflicto se originó por la falta de acuerdo en cuanto a los precios que Telefónica habría de pagar a BT. La Comisión insta a las partes a celebrar el acuerdo en los términos ya pactados y fija cautelarmente los precios, sin perjuicio de su posterior modificación y subsiguiente reembolso si la resolución definitiva condujera a una solución distinta.

¹⁷⁴ V. *supra* epgr. 4.5.

¹⁷⁵ En torno a esta cuestión afirma FLUME que “Del contrato por razón de una contratación forzosa (obligación legal de contratar) hay que distinguir los casos en que la relación jurídica se establece directamente por un acto de soberanía -por ejemplo, por colocación de un arrendatario o en que por acto soberano -por ejemplo, fijación de precios- se producen reglas concretas para una relación jurídica establecida por un contrato. En estos casos se trata de una regulación soberana, no contractual, aunque también la relación jurídica establecida por ella pueda tener naturaleza jurídica privada y también puedan aplicarse a la propia relación jurídica -a diferencia de a su establecimiento- las mismas normas que si se apoyara en un contrato” (*El negocio*, pág. 719).

modifique las condiciones fijadas, siempre que ello no vulnere la normativa vigente y no implique una interrupción de la interconexión (cumplimiento de las que he denominado obligaciones legales o imperativas de interconexión)¹⁷⁶. Los nuevos acuerdos han de ser comunicados a la Comisión (art. 22. 6 LGT). La libertad de contratación y su versión negativa, la libertad de no contratar subsisten parcialmente: el incumplimiento del “deber” de negociar o de contratar impuesto por la CMT podrá ser sancionado por infracción al deber de obediencia a las resoluciones de la CMT (art. 79.15 LGT)¹⁷⁷, sin embargo no se reconoce una pretensión en favor del acreedor de interconexión para exigir la celebración de un determinado acuerdo (no existe obligación legal de contratar, ni contrato forzoso); ni tampoco una pretensión resarcitoria por incumplimiento de lo que sigue siendo una “carga” y no un deber para los operadores destinatarios del acto administrativo. Y es que como he afirmado, las resoluciones de la CMT no imponen obligaciones de celebrar contratos, sino deberes de facilitar (proveer y soportar) interconexión y de hacerlo en las condiciones previstas en la resolución, en defecto de acuerdo de las partes. Es la trasgresión de este deber de facilitar interconexión (y no el de celebrar cierto contrato) lo que puede dar lugar a la responsabilidad del incumplidor.

B.2. Características de la relación jurídica constituida por el acto administrativo.

i) La resolución de la CMT constituye obligaciones de Derecho público. La intervención de la CMT se orienta principalmente a tutelar el interés público en la interconexión (art. 22.3 LGT). Como consecuencia de ello, el

¹⁷⁶ Esta es la solución adoptada por la CMT en su resolución de 13-5-1999, en el expediente en relación con la solicitud de intervención presentada por *Colt Telecom España, S.A.* en el conflicto suscitado sobre la interconexión entre la red de dicha entidad y la de *Telefónica de España, S.A.* (cfr. apdo. final de acuerdos y apdo. II, Fundamentos de Derecho).

¹⁷⁷ Cfr. Resolución CMT de 5-4-2001, expediente sancionador AJ 2000/3222-3497 incoado a la entidad “Airtel Móvil, S.A” por acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 26 de octubre de 2000, en la que se impone a Airtel una sanción de setecientos millones de pesetas (4.207.084,73 euros) por comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 79.15 LGT, por incumplimiento de la Resolución de la propia Comisión de 20 de julio de 2000, relativa a la resolución del conflicto de interconexión entre las entidades Airtel Móvil, S.A. y RSL Communications Spain, S.A. por la firma del acuerdo general de interconexión.

contenido principal de la resolución impone *deberes de Derecho público*, cuyo cumplimiento es exigible por la Administración. Se crea pues una relación vertical de Derecho público (Administración-administrados), manifestación concreta de la relación de sujeción especial que media entre CMT y operadores. Esta relación se fundamenta en el interés general en la interconexión y en la imposición legal de un deber genérico y abstracto de interconexión, cuya tutela se encomienda a la CMT.

El operador que ha de proveer interconexión (facilitar y soportar la conexión de la red de otro operador) queda obligado al cumplimiento de *deberes de hacer* (ej. habilitar puntos de interconexión, encaminar el tráfico de llamadas), *no hacer* (ej. abstenerse de realizar cualquier actuación sobre su red que obstaculice o impida la interconexión) y *soportar* (v.gr. la conexión a su red de la red de un tercero o la ubicación de equipos en sus instalaciones). Se entiende aquí “deber” como situación subjetiva, en la que el sujeto pasivo ha de desarrollar un comportamiento, cuyo cumplimiento no se articula como derecho subjetivo disponible de otro particular. Es la Administración quien, de oficio o a instancia de otros interesados (operadores o usuarios), podrá exigir el cumplimiento del comportamiento debido (relación vertical CMT-operador u operadores afectados).

La Administración no ostenta derecho subjetivo alguno a la interconexión de las redes de telecomunicaciones, sino una *potestad* que le habilita para actuar en beneficio del operador solicitante de interconexión, en cuanto salvaguarda el interés público en la interconexión¹⁷⁸. Tal potestad permite a la CMT imponer estos deberes y vigilar su cumplimiento en el caso concreto.

La resolución crea derechos subjetivos en favor de un particular¹⁷⁹. Éstos son *derechos subjetivos públicos y no disponibles*, cuyo contenido viene

¹⁷⁸ Cfr. CARRASCO PERERA, *Derecho Civil*, pág. 249; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso*, II, págs. 33, 34 y 124.

¹⁷⁹ Se podría hablar de pretensiones *pseudo o paracontractuales* en cuanto proceden de una fuente extraña a la autonomía de las partes y reglamentan la relación de forma análoga a como se reglamentaría si mediara un acuerdo entre los operadores.

delimitado por el acto administrativo¹⁸⁰. Habilitan al titular para exigir a la Administración el inicio de un procedimiento administrativo de ejecución forzosa del comportamiento debido. Pero aun cuando el acreedor del comportamiento no ejerza su derecho, la CMT puede imponer de oficio el cumplimiento del comportamiento debido. Hasta aquí no existiría diferencia entre el operador concreto destinatario del acto y el resto de los administrados. Lo que hace peculiar la situación de este operador es su interés individual en la ejecución del acto, distinto al mero interés abstracto en el mantenimiento de la legalidad. Si esta peculiar situación jurídica sufre un daño derivado del incumplimiento o cumplimiento defectuoso del acto administrativo, el perjudicado es titular de un derecho reaccional que le habilita para exigir el resarcimiento por los daños ocasionados (art. 1101 CC). Y es que, como seguidamente se explica, las obligaciones creadas por el acto administrativo tienen simultáneamente eficacia de Derecho público y de Derecho privado.

El incumplimiento de estos deberes por cualquiera de los operadores destinatarios, constituye una infracción administrativa sancionable (arts. 79.10 y/o 79.15 LGT¹⁸¹).

ii) La resolución de la CMT también crea obligaciones de Derecho privado. El acto administrativo de la CMT no es sólo la actualización y concreción del deber genérico de interconexión impuesto por la LGT y cuyo cumplimiento es exigido por la CMT (relación jurídica vertical entre Administración y administrados). Tiene, además, eficacia *inter privatos*. Crea una relación jurídica entre los operadores análoga a la que hubiera nacido del acuerdo de interconexión. La autonomía negociadora de las partes para la fijación de las condiciones de interconexión se suplanta por la autoridad del órgano administrativo que exige la conexión material e impone unilateralmente sus

¹⁸⁰ V. Cap. IV, 2.1, B.

¹⁸¹ No es fácil articular la aplicación de los arts. 79.10 y 79.15 LGT. Éste tipifica como infracción administrativa muy grave el incumplimiento de las resoluciones de la CMT; aquél califica como infracción del mismo tipo el incumplimiento por algún operador de “sus obligaciones en materia de interconexión”. La relación entre ambos preceptos desde la perspectiva del principio *non bis in ídem* es una cuestión problemática, que merecería un estudio específico.

condiciones jurídicas y económicas. Salvo en lo que se refiere a su constitución, la relación jurídica creada por esta vía se somete al Derecho privado¹⁸².

De la resolución nacen deberes jurídicos, cuyo contenido es similar al de las prestaciones objeto de la obligación nacida del contrato¹⁸³. La CMT puede limitarse a imponer deberes mínimos que garanticen la interconexión de las redes (“obligaciones legales de interconexión”, vgr. adopción parámetros técnicos, habilitación de puntos de interconexión...), siendo las partes las que regulan el contenido de la relación derivada del cumplimiento de esos deberes; o también puede regular ella misma las condiciones en las que se cumplen tales deberes (lo que aquí llamo “otras obligaciones”, vgr. localización de puntos de interconexión, condiciones de pago y de prestación del servicio...etc). Tanto las obligaciones legales como de las otras obligaciones impuestas tienen eficacia de Derecho privado.

Son obligaciones de *Derecho privado de eficacia imperfecta*. Su cumplimiento sólo puede ser patrimonializado por el particular perjudicado mediante el ejercicio de una acción resarcitoria de los daños derivados de su incumplimiento. Ya que, previsiblemente, el juez civil declinará su competencia para conocer de la pretensión de cumplimiento, por aplicación de la doctrina de la incomunicación o ineficacia civil de los actos administrativos¹⁸⁴.

El acreedor de interconexión no goza de un poder discrecional para exigir el cumplimiento debido, ante la jurisdicción civil. La obligación procede de un acto de autoridad y como tal corresponde a ésta velar por su cumplimiento. No obstante, esta vigilancia por la CMT será de mayor intensidad por lo que se refiere al cumplimiento de las que he denominado obligaciones legales o imperativas de

¹⁸² V. FLUME, *El negocio*, pág. 73.

¹⁸³ Entiéndase esta similitud en cuanto al objeto genérico del deber u obligación (pagar precio, habilitar puntos de interconexión...etc.), pero no en cuanto al contenido de la regulación (cantidad a pagar, número de puntos de interconexión...etc) que probablemente difiera en función de la fuente de la que proceda.

¹⁸⁴ V. Cap. IV, apdos. 3.3 y 3.4.

interconexión (interconexión efectiva) y aparecerá debilitada sobre las “otras obligaciones impuestas”.

iii) En ejercicio de su poder de autodeterminación para reglamentar relaciones de interconexión (art. 22.2 LGT), podrán los particulares modificar las condiciones en las que se cumplen los deberes impuestos por la resolución, siempre que ello no perjudique el cumplimiento de “las obligaciones legales de interconexión” (obligaciones imperativas). El prototipo de “deberes” impuestos por la resolución de la CMT y modificables por la autonomía de la voluntad bilateral de los operadores son los relativos al pago del precio de interconexión. Es obvio que la resolución de la CMT puede contener estipulaciones sobre el pago del precio (cfr. Resolución de 29-4-1999, *Telefónica-BT*). Pero entiendo que salvo lo que afecte a la competencia y al principio de no discriminación, éstas estipulaciones exceden de lo “estrictamente necesario para conseguir alcanzar el objetivo de proteger los intereses públicos” (art. 22.3 LGT). Todo lo atinente a la forma de pago (v.gr. plazo, intereses moratorios...etc) afecta al interés puramente privado del operador y por ello, se somete al Derecho privado.

B.3 *Naturaleza jurídica y justificación constitucional de la intervención.*

Como ya he afirmado en otro lugar, la resolución de la CMT en la que ésta exige la interconexión efectiva es un acto administrativo de fijación o *accertamento* dictado en ejercicio de una *potestad discrecional* de la CMT. Pertenece a las denominadas potestad-función. En atención a las circunstancias de cada caso y en relación a un determinado operador y para satisfacer necesidades de interés público, la CMT “especifica” el deber genérico impuesto por la norma (art. 22.1 LGT) y el alcance concreto del comportamiento exigible al sujeto gravado¹⁸⁵.

La LGT autoriza a la CMT para emitir resoluciones que afectan directamente a las relaciones interprivadas, creando obligaciones de Derecho privado y de Derecho público, en los términos indicados (arts. 22.1.II, 22.2.II y 22.3 LGT). *Esta eficacia del acto administrativo deriva de la delegación*

¹⁸⁵ Víd. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso, II*, pág. 34.

*legislativa expresa*¹⁸⁶. No podría ser de otro modo por afectar a derechos constitucionalmente reconocidos: la libertad de empresa (art. 38 CE) y el derecho de propiedad (art. 33 CE).

El acto de la CMT restringe la libertad de empresa. Impone heterónomamente una relación jurídica que condiciona el desarrollo de la propia actividad empresarial, incluso en contra de la voluntad de los operadores afectados (uno o ambos); incide también sobre el derecho de propiedad: el operador obligado por la CMT a soportar la interconexión se ve privado de su pretensión lícita de excluir a los demás en el uso de sus bienes (vgr. uso compartido de infraestructuras, acceso a sus construcciones de obra civil, tráfico de llamadas por su red...)¹⁸⁷. Uno y otro son derechos constitucionalmente reconocidos, ubicados en la Sección 2ª, Capítulo II, Título I de la Constitución, y como tal, sometidos a reserva de Ley formal, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial (art. 53.1 CE)¹⁸⁸.

¹⁸⁶ También en Derecho comunitario se encuentran manifestaciones de esta delegación “legislativa” en favor de la ANR. Obsérvese que el anexo VII, Parte 1 de la Directiva de interconexión se refiere a los “ámbitos en que la Autoridad Nacional de Reglamentación puede establecer condiciones *ex ante*”: de no existir esta “habilitación legal”, la ANR no podría establecer *ex ante* estas condiciones (vgr. exigir a los particulares la compartición de sus infraestructuras con otros particulares).

¹⁸⁷ Cfr. CARRASCO PERERA, A., *Derecho Civil*, págs. 246 y 247.

¹⁸⁸ No es éste el lugar para explicar y delimitar el contenido esencial de la libertad de empresa. Baste reproducir la definición dada por ARAGÓN REYES, M.: “A la hora de dotar de significado a la libertad de empresa como derecho fundamental lo primero que ha de decirse es que forma parte del concepto libertad de empresa el de la libertad de iniciativa económica privada, así como la autonomía negocial (art. 1255 CC), y que trasciende la consideración puramente individual en la medida en que la empresa hace alusión, además, a una actividad económica organizada, por lo que este derecho se engarza con otros derechos y libertades que son su necesario acompañamiento: propiedad privada (art.33 CE), derecho de asociación (art. 22 CE), libertad de residencia y circulación (art. 19 CE), derecho al trabajo y a la libre elección de profesión y oficio (art. 35 CE), libertad general de contratación (o principio general de autonomía privada, derivable sin duda del libre desarrollo de la personalidad reconocido en el art. 10.1 CE). Se trata, en definitiva, de una libertad que se reconoce a los ciudadanos para acometer y desarrollar actividades económicas, sea cual sea la forma jurídica (individual o societaria) que se emplee y sea cual sea el modo patrimonial o laboral que se adopte” (*Enciclopedia Jurídica Básica*, voz “Libertad de empresa”, p. 4030).

Sobre la necesidad de habilitación legal expresa para que la Administración pueda interferir en el ámbito de los derechos de los ciudadanos víd. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso, II*, págs. 63-65 y 105-117; en concreto, sobre reserva de ley y libertad de empresa, víd. SORIANO GARCÍA, J.E., *Derecho Público*, págs.19, 84, 85, 111 y ss.; VICIANO PASTOR, *Libre competencia*, págs. 138-144; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ y otros, *Informe. La Proposición de Ley de Comercio*. Madrid, 1995, pág. 61.

El contenido esencial de la libertad de empresa queda preservado en cuanto el legislador considera preferente a la intervención heterónoma de la CMT, la celebración de un acuerdo de interconexión libremente negociado (art. 22.2 LGT) y sólo en defecto de dicho acuerdo y de forma excepcional habilita a la CMT para que intervenga exigiendo la interconexión física e imponiendo condiciones a la misma (art. 22.3 LGT). Además, tales condiciones tienen la consideración de mínimos, susceptibles de ser modificados por la autonomía de la voluntad de los operadores. *Sólo en cuanto la CMT opere dentro de los límites del artículo 22.3 LGT, su actuación será legítima*¹⁸⁹.

La intervención de la CMT se justifica en el mantenimiento del *orden público económico en el sector de las telecomunicaciones*¹⁹⁰. Éste podría identificarse con un *mercado de telecomunicaciones en competencia, donde redes y servicios alcanzan un grado satisfactorio de desarrollo e interoperabilidad, en beneficio de los usuarios*. La existencia de un interés público en la interconexión (interoperabilidad de los servicios), la preservación de la competencia en un sector donde ésta o no existe o sólo existe de forma incipiente y la protección de los competidores que se encuentran en una posición negociadora inferior justifica las potestades atribuidas a la CMT, ente administrativo creado expresamente para salvaguardar la competencia en este mercado (art. 1.Dos.1 Ley 12/1997).

En todo caso, la intervención de la CMT está sometida al control de la jurisdicción contencioso-administrativa (cfr. arts. 1.Ocho LLT y 3.2 RCMT)¹⁹¹.

¹⁸⁹ Respecto a la actuación de la Administración en general, son muy ilustrativas las palabras de CHINCHILLA, C.: “En toda actuación administrativa hay, por decirlo de una manera muy simple, un *por qué* y un *para qué*. La Administración actúa porque una norma la ha apoderado en ese sentido para que cumpla una finalidad de interés público concreta. El sometimiento al fin que justifica su potestad es un elemento más de la legalidad de su actuación y su infracción constituye un vicio denominado ‘desviación de poder’, que determina la anulabilidad de la misma” (*La desviación de poder*. 2ª Edic. Civitas. Madrid, 1999, pág. 69). Para el estudio del art. 22.3 y de los motivos que justifican la intervención de la CMT me remito *infra* Cap. III, epgr. 3.2, apdo. B.2.

¹⁹⁰ Sobre el “intervencionismo económico de la Administración” en las relaciones privadas v. DE CASTRO, F. “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, ADC, 1982, XXXV-IV, págs. 987-1085, conr. págs. 1047-1050; DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I. 4ª Edic. Civitas. Madrid, 1993, págs. 42-44.

¹⁹¹ Como afirma CHINCHILLA MARÍN es el control jurisdiccional el instrumento de

La competencia en el mercado o el grado de interoperabilidad de los servicios son conceptos jurídicos indeterminados, cuya concreción casuística no queda al arbitrio de la Comisión¹⁹².

Como otros órganos de la Administración Independiente, la CMT regula, administra e interviene en la actuación de los operadores en un marco de relaciones de supremacía especial. La obtención de un título habilitante para actuar en el mercado de las telecomunicaciones (licencia individual o autorización general) sitúa al operador en un *status* de especial dependencia frente al órgano regulador del sector. El operador de telecomunicaciones es destinatario de un “ordenamiento seccional” y disfruta de “un estado de libertad restringida”¹⁹³. El acto administrativo puede afectar a sus derechos (libertad de empresa y derecho de propiedad), siempre que se respeten los requisitos constitucionales de legalidad formal. En concreto para la interconexión, entre CMT y operadores existe una relación de supremacía especial derivada del deber genérico de los operadores de facilitar la interconexión (art. 22.1 LGT) y de la función de la CMT de garantizar la interconexión en el mercado de las telecomunicaciones (arts. 1.Dos.2. e y f LLT, en redacción dada por la DA 1ª de la Ley 52/1998, de 28 de diciembre de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia¹⁹⁴).

La relación de sujeción especial justifica la habilitación legal de la CMT para intervenir en las relaciones jurídico privadas¹⁹⁵. Sólo en cuanto existe un

garantía del principio de legalidad en el Estado de Derecho “en una sociedad en la que la Administración es cada día más interventora, como exigencia de la cláusula del Estado Social” (*La desviación*, pág. 223).

¹⁹² La actuación de la Administración se somete a criterios objetivos de Derecho, que permiten su ulterior control jurisdiccional. Son éstos “conceptos jurídicos indeterminados” que hacen coincidir los principios de legalidad y oportunidad (vid. GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, *Curso*, I, pág. 451 y ss; CHINCHILLA MARÍN, *La desviación...*, págs.223 a 230 y bibliografía allí citada).

¹⁹³ GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso*, II, págs. 19-22.

¹⁹⁴ BOE núm. 311, de 29-12-1999.

¹⁹⁵ V. MARTÍNEZ LAGE, S., “La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y el Derecho de la competencia (y II)”, *Gaceta Jurídica de la CE*, Boletín-137, octubre 1998, págs. 1-4, concr. págs. 2 y 3.

título habilitante público, que permita a la Administración en última instancia adoptar mecanismos protectores del interés general, podrá ésta intervenir en estas relaciones¹⁹⁶. Por la intervención de la CMT, el deber genérico de interconexión se convierte en objeto de una relación jurídica privada y como tal y sin perjuicio de las sanciones administrativas que correspondan, su incumplimiento tendrá algún efecto en la esfera estrictamente privada (cuando menos, el nacimiento de una pretensión resarcitoria a favor del operador perjudicado por el incumplimiento del deber de interconexión, ya exigible en virtud de la resolución de la CMT).

En definitiva, *la resolución de la CMT que exige la interconexión efectiva es un acto administrativo de eficacia interprivada singular,-dirigido a uno o varios operadores-, que constituye una relación jurídico privada de trascendencia pública y concreta un deber legal antes inexigible*. Obviamente, esto no supone la introducción de una nueva fuente de obligaciones distinta a las previstas por el CC (art. 1089). *La fuente (última) de las obligaciones descritas no es el acto administrativo, sino la Ley. Por delegación legislativa expresa, la Administración se limita a aplicar y exigir el cumplimiento del deber legal al caso concreto. El acto concreta y completa el contenido de la norma y en todo caso está sometido al control jurisdiccional*.

5.3. Las normas de competencia como fuentes de la obligación de interconexión para el operador dominante.

Demostrada la inexistencia en el Derecho de las telecomunicaciones de una obligación de suministrar interconexión a todo solicitante, en defecto de acuerdo o de resolución de la CMT, se pretende ahora examinar si es posible derivar una obligación de este tipo del Derecho de la competencia, entendido éste en sentido amplio, como instrumento de tutela de intereses públicos (Ley 16/1989,

¹⁹⁶

SORIANO GARCÍA, J.E., *Derecho Público*, pág. 32.

de Defensa de la Competencia¹⁹⁷) y privados (Ley 3/1991, de Competencia Desleal¹⁹⁸)¹⁹⁹.

No se trata de analizar la aplicación de las normas de competencia a este sector del tráfico, lo cual no es sólo obvio²⁰⁰ e incuestionable²⁰¹, sino la tendencia u objetivo último del Derecho sectorial²⁰². Lo que aquí se pretende es determinar en qué medida el Derecho de la competencia impone a determinado operador de redes y servicios de telecomunicaciones una obligación de suministrar interconexión, en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias, a cualquier otro operador que lo solicite. La cuestión a resolver es si existe una obligación de proveer interconexión “a primer requerimiento”. En otros términos, obligación de proveer interconexión a todo solicitante, directamente derivada de la ley, cuya infracción (la negativa a suministrar), aun en ausencia de acuerdo o

¹⁹⁷ BOE núm. 170, de 18 de julio.

¹⁹⁸ BOE núm.10, de 11-1-1991.

¹⁹⁹ Tanto la LDC, como la LCD han sido modificadas por Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE núm. 311, de 29-12-1999); la LDC también modificada por RD-Ley 2/2001, de 2 de febrero (BOE núm. 30, de 3-2-2001).

²⁰⁰ Al hablar sobre los límites a la libertad de empresa, afirma SORIANO GARCÍA, J.E.: “...en el caso de la defensa de la competencia justamente el límite existe ya, antes incluso de que un sector aparezca en el mercado. Nace con ese límite, con esa señal en su frente. Los operadores económicos nacen para competir, y cuando se desea que no compitan [...], lo que hay que hacer es excluirlo legalmente” (*Derecho Público*, pág.20).

²⁰¹ Sobre la compatibilidad de ambos ordenamientos y la obligación de los operadores de telecomunicaciones de cumplir simultáneamente las normas de ambos es rotunda la *Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso* (98/C 265/02, DO C 265/2, de 22-8-98). En su apartado 22 se afirma: “Dado el carácter pormenorizado de las normas relativas a la ONP y la posibilidad de que sean más estrictas que los requisitos del artículo 86, las empresas que operen en el sector de las telecomunicaciones deben ser conscientes de que el cumplimiento de las normas comunitarias de competencia no les exime de su obligación de acatar las exigencias que se les impongan en el contexto de la ONP y viceversa”; también la Directiva de interconexión deja clara la compatibilidad a la que me refiero: “...la presente Directiva no afecta a la aplicación de las normas de competencia contenidas en el Tratado” (cdo. 26).

²⁰² Tanto la Directiva marco (2002/21) como la Directiva de acceso (2002/19) se orientan a la eliminación paulatina, bajo el control de las ANR de cada Estado, de las obligaciones específicas impuestas a los operadores por el Derecho de las telecomunicaciones, quedando los operadores sometidos al Derecho general de la competencia.

resolución de la CMT, tenga otros efectos jurídicos distintos a la intervención heterónoma de la CMT (art. 22.3 LGT)²⁰³.

En caso de aceptar la existencia de tal obligación legal, el instrumento del que disponen los particulares para actualizar esa obligación es el acuerdo de interconexión. La negativa a celebrar el acuerdo de interconexión no sólo justificará la intervención heterónoma de la CMT (art. 22.3 LGT), sino también la de los órganos administrativos de defensa de la competencia y en su caso, de los órganos jurisdiccionales civiles. El particular afectado por la negativa podrá solicitar de la Administración (órganos de defensa de la competencia) un acto administrativo en el que se imponga a otro operador un deber de suministrarle interconexión (derecho subjetivo público) y/o ejercer una pretensión resarcitoria por los daños derivados del ilícito competencial (denegación de interconexión). Por el momento no se analizarán los posibles efectos de la negativa²⁰⁴ y me centraré en determinar si existe o no una obligación legal de suministrar interconexión a todo solicitante de la misma.

Para la generalidad de los operadores, el Derecho de la competencia no impone una obligación de este tipo. La competencia queda suficientemente tutelada si se concede al operador la posibilidad de invocar la intervención de la CMT, que, mediante un acto administrativo, exigirá la interconexión efectiva y reglamentará esa relación en los términos del artículo 22.3 LGT; o en su caso, declarará inexigible la interconexión por insuficiencia de recursos y siempre que existan alternativas a la interconexión solicitada (art. 22.1.II)²⁰⁵.

²⁰³ Desde la perspectiva del Derecho de las telecomunicaciones, en ausencia de acuerdo o resolución de la CMT, la negativa a suministrar interconexión tiene un único efecto jurídico: justifica la intervención heterónoma de la CMT (véd. *supra* 4.5). Los “otros efectos” de la negativa a suministrar interconexión a los que me refiero en el texto y que serán posteriormente analizados son: efectos jurídico-privados, en cuanto la negativa permita a un particular ejercer una pretensión de cumplimiento y en su caso, una pretensión resarcitoria; efectos jurídico-públicos, en cuanto la negativa permita invocar la intervención de la Administración constitutiva de deberes en favor de determinado particular, adoptar medidas de ejecución administrativa forzosa o imponer una sanción administrativa por comportamientos contrarios a la competencia (art. 18 LDC).

²⁰⁴ V. Cap. IV, 3.5.

²⁰⁵ A mi juicio, no cabe aplicar aquí la prohibición de la explotación abusiva de una situación de dependencia económica, tal y como ha sido regulada por la Ley 52/1999 [cfr. art. 16.2 LCD y 6.1.b) LDC, en redacción dada por Ley 52/1999]. En principio y aunque esta figura ha estado

La afirmación general de la inexistencia de una obligación legal de proveer interconexión, celebrando acuerdos de interconexión con cualquier solicitante, se exceptúa cuando el operador requerido de interconexión es operador dominante en el mercado de referencia. Una obligación de interconexión en el sentido que aquí se entiende (obligación de contratar con cualquier operador que lo solicite) sólo deriva de la ley para aquellos operadores que gocen de una posición de dominio en los términos del Derecho de la competencia. Estos operadores están legalmente obligados suministrar interconexión a cualquier solicitante de la misma, en cuanto la ley prohíbe abusar de la posición de dominio (art. 6 LDC y 82 TUE). La obligación de suministro sólo existe para los operadores que gocen de una posición de dominio y siempre que la denegación de suministro constituya un abuso de tal posición. Dicha obligación no deriva de la Ley General de Telecomunicaciones, sino de la Ley de Defensa de la Competencia²⁰⁶. La LGT no impone nuevas obligaciones de contratar, ni contiene definiciones específicas de nuevos comportamientos abusivos.

La obligación de suministro no es inherente a la condición de operador en posición de dominio. *La obligación existe sólo en aquellos casos en los que la denegación de suministro constituye un comportamiento abusivo.* Ambos

tradicionalmente asociada a la actividad de distribución y a las relaciones entre proveedores y distribuidores, nada impide su aplicación a otros sectores. Aplicada a la interconexión, supondría que todos los operadores, -incluso los que no gocen de una posición de dominio en el mercado-, estarían obligados a celebrar acuerdos de interconexión con cualquier solicitante. Sin embargo, no creo que esta construcción sea viable, pues conduce a una situación extrema: puesto que “todos los operadores dependen de todos” para prestar un servicio de telecomunicaciones completo e interoperativo, todos ostentan frente al resto una pretensión de celebrar contratos de interconexión y abusa de esta situación de dependencia económica (art. 6.2,b LDC) o comete acto de competencia desleal (art. 16.2 LCD) cualquier operador que no acceda a proveer interconexión. No creo que el Legislador de 1999 haya querido dar a la figura este alcance universal.

En general sobre la explotación abusiva de una situación de dependencia económica v. MASSAGUER, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Civitas. Madrid, 1999, págs. 473-494; una crítica sobre las distorsiones que ha introducido su regulación en la LDC, cuando ya era contemplada por la LCD puede verse en PEREZ-BUSTAMANTE KÖSTER, J., “La explotación abusiva de la situación de dependencia económica en la Ley de Defensa de la Competencia: examen crítico del nuevo precepto” (*GJ*, núm. 205, enero/febrero 2000, págs. 33-40, concr. págs. 33-35).

²⁰⁶ Cfr. COLIN D. LONG, DIRK VAN LIEDEKERKE, MICHAEL RYAN, *Competition Aspects of Interconnection Agreements in the Telecommunications Sector*. Report to the European Commission (DG IV), June 1995, pág. 84.

requisitos -posición dominante y denegación abusiva- han de concurrir cumulativamente.

Antes de analizar en qué casos la denegación de interconexión constituye un abuso de posición de dominio y por tanto, existe esta obligación de suministro es importante distinguir dos figuras que en el ordenamiento español se han denominado con un mismo término, aunque designan objetos distintos. Me refiero al “operador dominante” del Derecho de las telecomunicaciones (art. 23 LGT) y al “operador con posición de dominio”, según los criterios del Derecho de la competencia (arts. 82 TUE y 6 LDC). El nuevo marco regulatorio de las comunicaciones electrónicas surgido de la Revisión de 1999 del sector de las telecomunicaciones y constituido, entre otras, por la Directiva marco (2002/21) y la Directiva de acceso (2002/19) introduce numerosas modificaciones en este ámbito, suprimiendo las diferencias entre ambas figuras. El objetivo prioritario de la reforma es la progresiva suplantación del Derecho sectorial por el Derecho general de la competencia. Así, la posición de dominio conforme al Derecho de las Telecomunicaciones se hace equivalente a la dominancia tal como se aplica en la práctica de la Competencia; los mercados relevantes se definen conforme a los criterios del Derecho de la Competencia y las obligaciones *ex ante* impuestas a los operadores dominantes se sustituyen por obligaciones específicas impuestas por las ANR en función de las circunstancias y de la situación de la competencia en el mercado. Sin perjuicio del examen detallado de estas modificaciones en el último capítulo de esta obra y a fin de obtener un conocimiento más completo de la reforma y sus antecedentes, conviene exponer aquí las peculiaridades de la figura del operador dominante regulada por la LGT de 1998 en relación al operador dominante conforme al Derecho general de la Competencia.

A) *Operador dominante según el Derecho de las telecomunicaciones versus operador dominante según el Derecho de la competencia.*

En el Derecho comunitario se reserva el término de “operador dominante” para aquellos que gozan de una posición de dominio en el mercado conforme al Derecho de la competencia, acogiéndose por el Derecho de las

telecomunicaciones la expresión “operador con peso significativo en el mercado” (OPSM)²⁰⁷. No así en el ordenamiento español, donde ambos términos son coincidentes a pesar de referirse a realidades distintas²⁰⁸. En estas condiciones, apremia la necesidad de delimitar ambos conceptos y sus peculiaridades.

El operador dominante u operador con peso significativo en el mercado, en la terminología empleada por el Derecho Comunitario, es una categoría específica del Derecho de las Telecomunicaciones y distinta a la cualidad de “operador con posición de dominio” del Derecho de la competencia²⁰⁹.

La CMT publicará anualmente la relación de operadores que ostentan esta condición (art. 23 LGT)²¹⁰. En principio, tendrán la consideración de operadores dominantes en un ámbito territorial determinado, el operador u operadores de redes o servicios que hayan obtenido en dicho ámbito y en el año inmediatamente anterior, una cuota de mercado superior al 25 por 100 de los ingresos brutos globales generados por la utilización de las redes o por la prestación de los

²⁰⁷ Cfr. arts. 4, 6 o 7 Directiva 97/33; arts. 1 y 2 Directiva 92/44 en redacción dada por Directiva 97/51; arts. 2.2.i) y 13.1 Directiva 98/10. Sobre la regulación de esta figura en las Directivas comunitarias v. ECED, M.A Y GIL, R., “Consideraciones sobre interconexión” en CREMADES, J. Y MAYOR MENÉNDEZ, P., *La Liberalización de las Telecomunicaciones en un Mundo Global*. La Ley-Ministerio de Fomento. Madrid, 1999, págs. 253-269, concr. págs. 265 a 267.

²⁰⁸ El Proyecto de Ley de reforma de la LGT de marzo de 2003 acoge la terminología comunitaria. Ya no se habla de Operador Dominante, sino de Operador con Peso Significativo en el Mercado (cfr. art. 10 y Anexo II, apdo. 8).

²⁰⁹ La diferencia entre una y otra figura ha sido puesta de manifiesto por la Comisión en su *Comunicación sobre aplicación de las reglas de competencia a los acuerdos de acceso e interconexión* y en el documento “Determinación de los organismos con poder significativo de mercado para la aplicación de las Directivas ONP” (adoptado el 1-3-1999). La CMT también declara la citada diferenciación en su resolución de 3 de junio de 1999, por la que se establece la relación de los operadores que, a los efectos de lo previsto en la LGT, tienen la consideración de dominantes en los mercados de servicios de telefonía fija, servicios de alquiler de circuitos y servicios de telefonía móvil; así como en su resolución de 9-3-2000 por la que se declara dominante en el mercado nacional de interconexión a *Telefónica Servicios Móviles, S.A.*

²¹⁰ V. Resolución CMT, de 4 de octubre de 2001, en relación de los operadores que, a los efectos de lo previsto en la LGT, tienen la consideración de dominantes en los mercados nacionales de servicios de telefonía fija, servicios de alquiler de circuitos, servicios de telefonía móvil y servicios de interconexión (MTZ 2001/4975) (BOE núm. 27, de 31-1-2002). Son declarados dominantes: *Telefónica* en el mercado de telefonía fija; *Telefónica* en el mercado de alquiler de circuitos; *Telefónica Móviles* y *Airtel Móvil (Vodafone)* en el mercado de telefonía móvil; *Telefónica Móviles* y *Airtel Móvil (Vodafone)* en el mercado de servicios de interconexión.

servicios (art. 23.1.I LGT). Sin embargo, la cuota de ingresos brutos globales no es un criterio estanco y la CMT puede declarar operador dominante a otros que, no alcanzando tal cuota, ostenten un poder suficiente como para influir en las condiciones de mercado o a la inversa, no considerar operador dominante a aquél que alcanzando o superando esa cuota no tiene un poder de tal naturaleza²¹¹.

La CMT ha declarado la primacía del criterio objetivo (cuota de mercado) sobre los demás criterios enumerados en el precepto legal. En su Resolución de 3 de junio de 1999 afirma que “el artículo 23 no contiene una presunción, [...], sino una disposición imperativa, que prevé la calificación como dominante con apoyo en un criterio objetivo, que, no obstante y como excepción, permite su modulación individualizada con base en otros criterios, siempre que el regulador lo justifique de manera motivada. De no hacerlo así, la norma imperativa se impone como regla general aplicable a los operadores”²¹².

La necesidad de atribuir la categoría de “operadores dominantes” a determinados operadores procede del pasado histórico del mercado de las telecomunicaciones²¹³. Tras la liberalización del sector, los tradicionales operadores monopolísticos (vgr. *Telefónica*, *Deutsche Telekom*, *British Telecom*) han perdido su monopolio jurídico pero no su monopolio fáctico. Son ellos, convertidos en operadores privatizados, los que, al menos en las primeras fases de la liberalización, seguirán controlando el mercado de redes y servicios de telecomunicaciones constituido en gran medida sobre infraestructuras creadas a base de inversiones y fondos públicos²¹⁴. El poder fáctico de estos operadores privatizados y la liberalización del mercado podría dar lugar al advenimiento de

²¹¹ El nuevo marco regulatorio establece un método distinto para definir los OPSM. Serán OPSM aquellos que, conforme a las normas del Derecho de la Competencia, alcancen una posición que les permita actuar en el mercado con independencia de sus competidores y clientes (v. el último capítulo de esta obra, en el que se detallan las novedades de la nueva regulación).

²¹² En la citada resolución, la CMT ha declarado dominantes a los siguientes operadores: en el mercado de telefonía fija a *Telefónica Sociedad Operadora de Servicios de Telecomunicaciones en España, S.A.* (TSOSTESA); en el mercado de alquiler de circuitos a la misma entidad; en el mercado de telefonía móvil a *Telefónica Servicios Móviles, S.A.* y a *Airtel Móvil, S.A.*

²¹³ Cfr. ARPÓN DE MENDÍVIL, A. y FIGUERA C., “El estatuto...” págs. 205-208.

²¹⁴ Cfr. COLIN D. LONG Y VV.AA., *Competition Aspects*, págs. 84 y 85.

consecuencias indeseables, tanto desde el punto de vista económico como desde el punto de vista social. En particular, la utilización del poder que ostentan estos operadores para impedir el acceso al mercado de nuevos competidores y la reducción de su actividad a la prestación de aquellos servicios económicamente rentables y sólo en las zonas donde logren mayor eficiencia económica. Ante este riesgo, se articula la figura del “operador dominante” o “con peso significativo en el mercado”, en terminología comunitaria. A estos operadores se les imponen obligaciones específicas, tendentes a garantizar la prestación del servicio universal de telecomunicaciones²¹⁵ y a evitar que impidan, restrinjan o retrasen el acceso al mercado de nuevos operadores (vgr. proveer acceso a la red por puntos distintos a los ofrecidos al resto de los usuarios, obligación de proveer acceso desagregado al bucle de abonado, entre otras).

El conjunto de obligaciones específicas impuestas a los operadores dominantes constituye medidas de regulación asimétrica o discriminación positiva en favor de los nuevos operadores. Han sido el elemento básico sobre el que se ha sustentado la normativa ORA y se han justificado en la necesidad de implantar la competencia en un mercado legalmente liberalizado pero fácticamente monopolizado.

En particular, por lo que se refiere a la interconexión también se imponen obligaciones específicas a los operadores dominantes (cfr. arts. 9 y 10 RIN). Entre éstas, figuran la de proveer interconexión a precios orientados a costes (arts. 26 LGT y 9.6 RIN) o la de publicar una OIR aprobada por la Administración (art. 28 LGT y 9.2 RIN)²¹⁶. Con todo, entre estas obligaciones específicas no se encuentra la “obligación de celebrar acuerdos de interconexión”, entendida ésta como

²¹⁵ V. Título III LGT, en particular sus arts. 38 y 41 y DT 3ª, así como el RD 1736/1998, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el Título III de la LGT en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los Servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones (BOE núm. 213, de 5-9-1998).

²¹⁶ Sobre los efectos del estatuto de operador dominante vid. ARPÓN DE MENDÍVIL, A. Y FIGUERA, C., “El estatuto...”, págs. 225-230, en particular sobre sus obligaciones específicas en materia de interconexión y acceso a redes, págs. 226 a 228; CARRASCO PERERA Y MENDOZA LOSANA, “Interconexión...”, págs. 475-477.

obligación de contratar con todo operador solicitante de interconexión. Como para el resto de los operadores, la LGT impone a los operadores dominantes un deber genérico de proveer interconexión (art. 22.1 LGT) y de hacerlo en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias (arts. 22.4 LGT y 9.1 RIN). Este deber genérico es actualizable a través de un acuerdo de interconexión o a través de una resolución de la CMT. Se otorga primacía a la autonomía de la voluntad de las partes para la actualización del citado deber genérico, mediante la celebración de un acuerdo de interconexión (art. 22.2 LGT); en defecto de éste, el operador tendrá que soportar la reglamentación heterónoma de la CMT (art. 22.3 LGT).

No existe en el Derecho de la competencia un precepto similar al artículo 23 LGT, que establezca criterios para determinar cuándo un operador ostenta una posición de dominio. La situación de dominio ha sido definida con rasgos similares por la jurisprudencia del TJCE, para el mercado comunitario, y del TDC, para el mercado español. En concreto, el TDC ha definido la situación de dominio como “una situación de poder económico detentada por una empresa que le da el poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva sobre el mercado en cuestión, proporcionándole la posibilidad de comportamientos independientes en una medida apreciable en relación con sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores, consistiendo el abuso, [...], en los comportamientos del operador económico que la ostente susceptibles de influir o afectar a la estructura del mercado en cuestión”²¹⁷.

La categoría de operador dominante según el Derecho de la competencia es más restrictiva que tal categoría a los efectos de la LGT²¹⁸. Las diferencias radican en la forma de determinación del mercado relevante, en la cuota de

²¹⁷ Res. TDC de 29-7-1993, as. 327/1993, Cofradías de Pescadores. En similares términos se ha pronunciado el TJCE en sus sentencias de 14-2-1978, as 27/76, United Brands/Comisión; 13-2-1979, as 85/76, Hoffman Laroche y 14-5-1988, as 30/87, Bodsov/Pompas Fúnebres de las regiones liberadas, entre otras.

²¹⁸ En la *Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones* se afirma que “es importante hacer hincapié en que las Directivas ONP imponen a los operadores de telecomunicaciones con un poder de mercado significativo, determinadas obligaciones de transparencia y no discriminación más estrictas que las que les impondrían normalmente con arreglo al artículo 86 del Tratado CE” (apdo. 15); v. también ARPÓN DE MENDÍVIL, A.Y FIGUERA, “El estatuto...”, págs. 212; MARTINEZ LAGE, S., “La Comisión...(y II)”, pág. 2.

mercado a partir de la cual y sin perjuicio de la valoración de otros factores, se presume la existencia de una posición de dominio, y en la capacidad para actuar de forma independiente en el mercado²¹⁹. En síntesis, tales diferencias son las siguientes:

i) Son las propias normas del Derecho de las telecomunicaciones las que definen el mercado de referencia a los distintos efectos (cfr. art. 3 RIN). Para la aplicación de las normas de competencia, el mercado de referencia se determinará caso a caso.

ii) Según el Derecho de las telecomunicaciones, se presume la existencia de la posición de dominio cuando la cuota de mercado es igual o superior al 25%, mientras que conforme al Derecho de la competencia, sólo a partir de una cuota o igual o superior al 50% se presume la existencia de esta situación²²⁰.

iii) Conforme a los criterios del artículo 23 LGT, se considerará que un operador ha de ser calificado como operador dominante cuando ostenta una capacidad suficiente para *influir* en las condiciones de mercado. El Derecho de la competencia exige un *plus*. No basta que pueda influir en las condiciones de mercado, se exige, además, que pueda *actuar de manera independiente* de sus competidores, clientes y consumidores²²¹. El dominante ostenta un poder sobre el

²¹⁹ V. apdo. 2.2 del *Documento de la Comisión “Determinación de los organismos con poder significativo...”* (1-3-1999). Sobre las modificaciones introducidas en este ámbito por el nuevo marco regulatorio surgido de la Revisión de 1999 del sector de las telecomunicaciones vid. el último capítulo de esta obra.

²²⁰ STJCE As. C-62/86, AKZO/Comisión, Rec. 1991, p. I-3359, apdo. 60.; vid. Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones (98/C 265/07) párrafo 73, en particular la nota 73.

²²¹ STJCE 27/76, United Brands/comisión, Rec. 1978, p. 207, apdo. 65. ARPÓN DE MENDÍVIL Y FIGUERA califican esta diferencia como meramente de grado, aclarando que “el mercado puede resultar alterado por empresas con un poder significativo en el mismo y que, sin embargo, no pueden actuar independientemente de sus competidores” (“El estatuto de los operadores”, pág. 212). Es ilustrativo el ejemplo puesto por los mismos autores: “Piénsese en el caso de varios operadores de telecomunicaciones con una importancia similar en el mercado, pero en el que uno ostente el liderazgo. El líder podrá decidir cuándo inicia una campaña de descuentos, pero sus competidores le seguirán en las rebajas de precios: habrá un peso significativo de todos,

mercado determinado, de producto o geográfico, que le permite actuar autónomamente sin tener en cuenta la competencia²²².

iv) La declaración de un operador como dominante en el mercado de las telecomunicaciones tiene un carácter finalista. El efecto de la declaración es la imposición, *ex ante*, de las obligaciones que el marco jurídico impone en cada uno de los ámbitos que regula; la consideración de un operador como dominante por el Derecho de la competencia es una calificación *ex post* y tiende a limitar las posibilidades de que ese agente económico abuse de su posición de dominio.

A pesar de la coincidencia terminológica, -criticada con razón por la doctrina²²³-, la calificación de operador dominante por la CMT y la consideración de operador con posición de dominio en el mercado relevante según las normas de la competencia son categorías independientes, que operan en ámbitos diversos y con distintos efectos²²⁴. Esto significa que la declaración de operador dominante por la CMT no conduce inexorablemente a la consideración como operador en posición de dominio, a efectos de la aplicación de las normas de la competencia

el liderazgo de uno y, tal vez, ninguno tenga una posición dominante” (*Ibidem*, nota 14).

²²² Expresivamente, ha afirmado el TDC que “la competencia, para el dominante, sencillamente es un concepto inexistente en la práctica, por cuanto es el operador con mayor poder sobre un mercado al que en definitiva puede dictar sus reglas (Resolución de 2-3-1992, Expte. 303/91, Asunto *Rank Xerox*, FJ 1º).

²²³ MARTÍNEZ LAGE, S., “La Comisión...(y II)”, pág. 2.

²²⁴ El tenor literal del art. 23.1 LGT apoya esta afirmación: “A los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de operador dominante...”. También la CMT, haciéndose eco de los documentos de la Comisión europea en la materia (Comunicación sobre “aplicación de las reglas de competencia a los acuerdos de acceso interconexión”, de agosto de 1998, y el documento “Determinación de los organismos con poder significativo de mercado para la aplicación de las directivas ONP”, de 1-3-1999), ha recogido esta distinción en su resolución de 9-3-2000 (As. 2000/2118), por la que se declara dominante en el mercado nacional de interconexión a *Telefónica Servicios Móviles, S.A.* de acuerdo con los datos del mercado de 1998: “El concepto de ‘peso significativo de mercado’ es distinto del concepto de ‘posición de dominio’ que se usa en Derecho de la competencia. El primero es un concepto propio de la reglamentación sectorial de telecomunicaciones comunitaria (las directivas de Oferta de red abierta, ONP) y se utiliza para imponer, ex-ante, determinadas obligaciones, lo que proporciona seguridad jurídica a los operadores (tanto a los que sean declarados con poder significativo de mercado, porque saben de antemano cuales son las obligaciones que tienen que cumplir, como a los nuevos operadores por cuanto saben a quien pueden exigir ciertas obligaciones)” (FD I).

(arts. 6 LDC y 82 TUE)²²⁵. La obligación de suministrar interconexión a todo solicitante de la misma no nace del Derecho de las telecomunicaciones sino del Derecho de la competencia. Tampoco la citada obligación nace de la declaración administrativa de operador dominante a los efectos de la LGT, sino de la existencia efectiva en el mercado de una posición de dominio. No obstante, en la práctica será frecuente que un mismo operador sea simultáneamente operador dominante desde una y otra perspectiva. No todo operador declarado dominante por la CMT quedará incluido en el ámbito de aplicación de las normas de competencia sobre abusos de posición de dominio. En particular, no siempre será sujeto de la obligación de celebrar acuerdos de interconexión con el operador solicitante. Ello sólo ocurrirá cuando, analizadas las circunstancias de la interconexión solicitada, se pueda decir que existe una posición de dominio y que la negativa a suministrar interconexión constituye una conducta abusiva del artículo 6.2.c LDC.

A la inversa, la calificación de un operador como operador dominante por el TDC, -u otro órgano encargado de la aplicación de las normas de la competencia en general-, a efectos de aplicación del Derecho de la competencia no conlleva automáticamente la imposición de las obligaciones específicas que el Derecho de las telecomunicaciones prevé para los operadores calificados como dominantes por la CMT.

B) Operador dominante en el mercado de las telecomunicaciones desde la óptica del Derecho de la competencia.

Delimitadas las figuras de operador dominante declarado por la CMT y operador en posición de dominio, por aplicación de las normas de competencia, corresponde ahora trasponer al sector de las telecomunicaciones los criterios del Derecho de la competencia para determinar cuándo un operador de redes y/o servicios ha alcanzado una posición de dominio.

²²⁵ Cfr. ARPÓN DE MENDÍVIL y FIGUERA, “El estatuto...”, pág. 211.

B.1. Mercado relevante.

La determinación del operador en posición de dominio requiere la previa *delimitación del mercado relevante*²²⁶. Esta operación exige comprobar, desde la perspectiva de la demanda de productos y servicios²²⁷, cuáles son sustituibles e intercambiables entre sí para satisfacer las preferencias de los consumidores y usuarios, dadas sus características, precio y el uso que se prevea hacer de los mismos²²⁸. El conjunto de bienes o servicios sustituibles e intercambiables entre sí y diferenciados de otros bienes o servicios en función de sus características objetivas, las necesidades de los consumidores, su utilidad, sus precios, las condiciones de competencia en el mercado y la estructura de la oferta y la demanda, formarán el mercado relevante en el que se ha de determinar si existe una posición de dominio²²⁹.

La liberalización del sector de las telecomunicaciones conlleva la aparición de un nuevo mercado en el que los usuarios no son consumidores finales, sino operadores de redes y servicios de telecomunicaciones. Este nuevo mercado viene determinado por el acceso a las instalaciones o elementos, -redes, infraestructuras de obra civil, derechos de paso, información...etc.-, necesarios para la prestación de los servicios liberalizados a los usuarios finales. La piedra

²²⁶ Los criterios para la definición del mercado se recogen actualmente en las *Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas* (DOCE C núm. 165, de 11-7-2002). Tales criterios ya habían sido recogidos por el Derecho comunitario de la Competencia en la *Comunicación de la Comisión sobre la definición de mercado relevante en materia de Derecho de la Competencia* (97/C 372/03), aplicados al sector de las telecomunicaciones por las *Directrices para la aplicación de las normas comunitarias sobre competencia en el sector de las telecomunicaciones* (DOCE C núm. 233, de 6-9-1991) y la *Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones* (DOCE C núm. 265, de 22-8-1998).

²²⁷ Es éste el criterio considerado más importante para definir el mercado de producto afectado en el que se pueden identificar las restricciones de la competencia (*Comunicación 98/C 265/02, sobre la aplicación de las normas de competencia...*, apdo. 40).

²²⁸ Cfr. SSTJCE en casos *Hoffmann La Roche vs. Comisión*, Repertorio 1979, pág. 461 y *Michelin vs. Comisión*, Repertorio 1983, pág. 3505; Res. TDC de 27-7-1999, Servicio *Ibertext de Telefónica* (expdte. 1/1999)(AC 1999,1886), FD 2º.

²²⁹ *Directrices sobre análisis de mercado y PSM*, apdo. 44; *Comunicación sobre aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso*, apdo. 43 y *Directrices sobre la aplicación de las normas de competencia al sector de las telecomunicaciones*, apdo. 26.

angular del nuevo sistema de telecomunicaciones en competencia es el acceso a los usuarios finales²³⁰. Por usuarios se ha de entender no sólo los potenciales clientes del nuevo operador, que opten por cambiar de operador (utilizando mecanismos de acceso directo o indirecto), sino también los usuarios o clientes de terceros operadores, potenciales destinatarios de las llamadas cursadas por el nuevo operador.

Los nuevos operadores pueden acceder al usuario final a través de diversas vías. Técnicamente, las alternativas son: el bucle local tradicional o par de cobre, en su caso mejorado con tecnologías XDSL²³¹; el acceso vía radio; o el acceso por cable (fibra óptica y cable coaxial)²³². Jurídicamente, también existen varias opciones: el acceso desagregado al bucle de cobre del operador tradicional²³³, el arrendamiento de circuitos a otros operadores de telecomunicaciones o el alquiler de redes de agentes económicos que actúan en otros sectores basados en redes (vgr. eléctricas), y por último, el despliegue de red propia. La interconexión con cualquiera de las redes de telecomunicaciones a las que el usuario puede estar conectado (red telefónica fija, móvil, red de televisión por cable...) es también una forma de acceso a los usuarios finales²³⁴. La interconexión no sólo permite la

²³⁰ COLIN D. LONG Y VV.AA., *Competition Aspects...*, pág. 87.

²³¹ Las tecnologías XDSL, una de cuyas modalidades es ADSL (*Asymmetric Digital Subscriber Line* o Línea de abonado digital asimétrica) transforman el par de cobre tradicional en un circuito con dos canales, uno para voz y otro para datos, lo que permite la transmisión de un flujo de información asimétrico y alta velocidad y la aplicación de distintos sistemas de tarificación a cada uno de los servicios [por tiempo de uso para voz y por capacidad (“tarifa plana”), para datos].

²³² Una exposición sintética de las propiedades, ventajas e inconvenientes de las diversas modalidades de acceso se contiene en mi trabajo “Nuevas iniciativas para facilitar la competencia en el acceso al usuario final (bucle de abonado). Un estudio a raíz del artículo 2 RD-Ley 7/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes en el Sector de las Telecomunicaciones”, *Revista Española de Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras de Red (REDETI)*, Febrero 2001, núm. 10 (págs. 119-143).

²³³ Art. 2 RD-Ley 7/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes en el Sector de las Telecomunicaciones (BOE núm.151, de 24-6-2000); desarrollado por RD 3546/2000, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones para el acceso al bucle de abonado de la red pública telefónica fija de los operadores dominantes (BOE núm. 307, de 23-12-2000).

²³⁴ Sin perjuicio de su carácter instrumental, como medio de acceso al usuario, la interconexión es *per se* un mercado atractivo para los operadores. Gran parte de los ingresos de los

comunicación entre los usuarios, -o interoperabilidad de los servicios-, (interconexión de terminación y de tránsito), también posibilita a los nuevos operadores prestar servicios a sus clientes a través de la red de un tercer operador (interconexión de acceso)²³⁵.

En la medida en que las diversas formas de acceso a los usuarios sean sustituibles entre sí, el mercado relevante será el de los servicios de acceso a elementos que permiten a los nuevos operadores prestar sus servicios a los usuarios finales y garantizar la interoperabilidad; o por el contrario, de resultar insustituibles tales formas de acceso y a los efectos que aquí interesa, será mercado relevante el mercado del servicio de interconexión, desglosado a su vez en sus distintas modalidades (interconexión de acceso, tránsito y terminación)²³⁶.

Los diversos modos de acceso a los usuarios finales no siempre son sustituibles entre sí. Constituyen una alternativa desde una perspectiva puramente técnica, pero no desde una perspectiva económica²³⁷. La interconexión a la red pública de telecomunicaciones, que cuente con el mayor número de abonados, será la única posibilidad (real) de los nuevos operadores de acceder al mercado y

operadores de móviles (más ingresos cuanto mayor sea su base de clientes) procede de la interconexión (en junio de 2000, de las 44 pts. por minuto en horario comercial de las llamadas de fijo a móvil, el operador fijo pagaba 39 al operador móvil como peaje por acabar la llamada en sus terminales (interconexión de terminación). Así se explica que ciertos operadores de móviles bonifiquen a sus clientes con minutos de llamadas gratis por cada minuto de llamada recibido en su terminal (“tarjetas hinchables”).

²³⁵ Sobre los conceptos de servicios de interconexión de acceso, terminación y tránsito v. *supra* Cap. II, epgr. 2.

²³⁶ Sobre la delimitación del mercado relevante a efectos de determinar una posición de dominio de los operadores de telecomunicaciones v. COLIN D. LONG Y VV.AA, *Report Competition Aspects*, págs. 86 y 87.

²³⁷ Por lo general, las distintas modalidades de acceso al usuario (par de cobre, vía radio o fibra óptica y cable coaxial) no ofrecen la misma funcionalidad y ubicuidad. En función de las necesidades del usuario y de los servicios prestados por los operadores, conviene utilizar uno u otro. En la situación actual del mercado, para la prestación de servicios de telecomunicaciones al por menor de banda estrecha y ancha, ninguna de las redes alternativas, ni tampoco su uso combinado puede considerarse una alternativa de ámbito nacional al par de cobre de los operadores preexistentes. La demanda de servicios de banda ancha a gran velocidad se circunscribe a las empresas, el usuario residencial satisface su demanda con las facilidades proporcionadas por el bucle de cobre mejorado con tecnología ADSL.

lograr la interoperabilidad de los servicios²³⁸. La interconexión permite acceder a potenciales usuarios sin necesidad de duplicar la red propia, en particular el bucle local o red de acceso, parte más costosa de la red y controlada actualmente por un único operador (interconexión de acceso y terminación)²³⁹. Pero, lo que hace a la interconexión imprescindible e insustituible, a cualquier coste, es la necesidad de interoperabilidad de los servicios (comunicación entre los diversos usuarios del sistema de telecomunicaciones). Aun admitiendo que fuera económicamente eficiente duplicar el bucle local, el nuevo operador que realizara el esfuerzo inversor se vería obligado a conectarse a otra red pública de telecomunicaciones. De lo contrario, el servicio por él prestado carecería de todo atractivo para los potenciales clientes, al no poder éstos comunicarse con otros usuarios. El interés del nuevo operador en la interconexión será mayor, cuanto mayor sea el número de usuarios de la red a la que se pretende interconectar²⁴⁰. En la actualidad, la red

²³⁸

Cfr. *Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia* (apdo. 44).

²³⁹

El bucle local o último tramo de la red que llega al usuario final es uno de los denominados “cuellos de botella” (*bottleneck*) que dificulta -si no impide- el acceso al mercado de los nuevos operadores. En España, como en el resto de los países en los que se ha acometido recientemente la liberalización del sector de las telecomunicaciones, es el antiguo monopolista el único operador que dispone de red de acceso al usuario. Por el elevado coste de duplicación del bucle local, sólo en puntos residuales (coincidentes con las zonas económicamente más desarrolladas) se están implantando infraestructuras que pueden constituir una alternativa a la red telefónica fija tradicional (vgr. redes de cable, redes construidas sobre infraestructuras de operadores de otros sectores económicos basados en redes, como el sector eléctrico o ferroviario). No obstante, hasta el completo desarrollo de estas alternativas, lo cierto es que existe un único proveedor de red de acceso: *Telefónica*, operador calificado como dominante por el legislador a efectos de prestación del servicio universal (cfr. DT 3ª LGT) y por la CMT a los otros efectos (cfr. Resolución CMT de 3-6-1999).

²⁴⁰

El siguiente ejemplo ilustra sobre lo que se afirma en el texto: Actualmente, *Telefónica* ostenta una posición de dominio en el mercado de interconexión puesto que es el operador titular de la red que cuenta con la mayor base de usuarios. A poco que se observe, se detecta que *Telefónica* de no ser por las restricciones normativas, está potencialmente facultada para actuar con independencia de sus competidores. El incremento de precios de interconexión tendría efectos neutros para *Telefónica* desde la perspectiva de la competencia, pues sus clientes-competidores se verían obligados a pagar el exceso con la consiguiente repercusión negativa en el mercado secundario. *Telefónica* detenta un recurso esencial, sin el cual los nuevos operadores carecen de toda posibilidad de desarrollar su actividad económica en el mercado secundario. Que *Retevisión* se niegue a facilitar la interconexión a *Airtel* es sólo un “inconveniente” para este operador que no podrá terminar las llamadas dirigidas a los abonados de *Retevisión* -salvo mediante la interconexión de tránsito a través de un tercer operador y previo acuerdo de los implicados-; pero dada la escasa cuota de mercado de *Retevisión* -si se compara con el número total de usuarios- la negativa no impedirá el desarrollo de su actividad en el sector. En cambio, la negativa de *Telefónica*, a la que están abonados la práctica totalidad de los usuarios del sistema -adviértase la escasa penetración de los nuevos operadores en el mercado de las llamadas locales y en el bucle local o acceso al usuario- constituye un obstáculo insalvable para la penetración en el mercado de

pública conmutada con mayor base de clientes es la controlada por el operador tradicional ex-monopolista (*Telefónica*).

En definitiva, dentro del mercado de las formas de acceso al usuario final de servicios de telecomunicaciones, la interconexión a una red pública de telecomunicaciones es imprescindible e insustituible. Sólo ella puede satisfacer la demanda de interoperabilidad tanto de los operadores de servicios, como de los usuarios finales. *El mercado de referencia será el mercado del servicio de interconexión de redes.* Dicho en otros términos, *el mercado del servicio que permite alcanzar un grado razonable de interoperabilidad y llegar a un número de clientes potenciales, idealmente equivalente a la totalidad de usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones, en un ámbito territorial determinado, bien directamente (interconexión de acceso y/o terminación) o bien indirectamente (interconexión de tránsito).* La interconexión a la red constituye un mercado específico distinto al de los servicios finales (vgr. servicio telefónico²⁴¹) y al de otras formas de acceso a la red de un tercero (vgr. arrendamiento de circuitos o acceso desagregado al bucle de cobre). Pero *no basta considerar el servicio de interconexión en su conjunto. El mercado relevante variará en función del tipo de interconexión solicitada (acceso, tránsito y terminación), ya que cada uno de ellos satisface necesidades distintas y no son intercambiables.*

Los servicios de interconexión de terminación y de tránsito son, predominantemente, instrumentos que garantizan la interoperabilidad; los servicios de interconexión de acceso permiten al operador interconectado prestar servicios a sus clientes a través de la red de un tercero.

estos nuevos operadores. Si se niega la interconexión a la red pública controlada por el operador tradicional, se niega también la posibilidad de comunicación con el mayor número de usuarios del sistema de telecomunicaciones. La red del nuevo operador y los servicios prestados a través de ella se convierten en inservibles y carentes de todo interés para los potenciales clientes.

²⁴¹ No obstante, esta separación estructural entre mercados no impide que el abuso de posición en el mercado de referencia (el mercado de interconexión) tenga efectos inmediatos en el mercado conexo de los servicios finales, provocando en él restricciones a la competencia al impedir u obstaculizar el acceso de nuevos operadores (víd. Decisiones de la Comisión 85/609/CEE, de 14-12-1985, *ECS/Akzo* (DOCE L, núm. 374, de 31-12-1985) y 92/163/CEE, de 24-7-1991, *Tetra Pak II* (DOCE L, núm. 72, de 18-3-1992; SSTJCE de 6-3-1974, *Zoja* o también conocida por *Comercial Solvents* (Rec. 1974, pág. 223) y de 3-10-1985, *Telemarketing* (Rec. 1985, pág. 3261).

La determinación del mercado geográfico de referencia se realizará caso a caso. Aunque el Derecho de las telecomunicaciones considera “un único mercado nacional” de interconexión (art. 3 RIN *in fine*), nada obsta para considerar otros mercados geográficos si existieran (local, provincial, regional u otro área o demarcación en la que operan varios operadores).

Delimitado así el mercado de referencia, se ha de examinar, caso a caso, si en este mercado específico existe una posición de dominio.

B.2. *Posición de dominio.*

Será operador dominante aquél que, -siempre conforme a las normas de la competencia-, alcance una cierta cuota en dicho mercado²⁴² y/o tenga capacidad de actuar con independencia de sus competidores y de los usuarios. Esta posibilidad de actuación independiente procede no sólo de la cuota de mercado, sino también de otros factores (independencia en la fijación de precios, competidores potenciales, tamaño de la empresa, superioridad tecnológica, acceso fácil o privilegiado a recursos financieros, economías de escala, barreras de acceso al mercado...)²⁴³, en particular, del control de instalaciones o servicios

²⁴² En su resolución de 9-3-2000 (As. 2000/2118), por la que se declara dominante en el mercado nacional de interconexión a *Telefónica Servicios Móviles, S.A.* de acuerdo con los datos del mercado de 1998, la CMT considera como magnitud o variable de referencia para determinar el reparto del mercado nacional de interconexión entre los diversos operadores el número de minutos correspondientes a las llamadas telefónicas terminadas en la propia red, cualquiera que sea la red de origen (la propia red o una red distinta, fija o móvil, nacional o establecida en otro país) (vid. apdo. 5º de antecedentes de hecho). Es posible utilizar ahora el mismo criterio, sin perjuicio de la distinta valoración que merezca la cuota alcanzada conforme al Derecho de la competencia.

²⁴³ Tales criterios son recogidos por las *Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas* (apdos. 72-80). No pretende este estudio ahondar en temas que pertenecen propiamente al Derecho de la competencia. Por ello, no me detendré en el análisis de los diversos criterios propuestos por la doctrina, la jurisprudencia y la práctica de la Comisión para investigar acerca de la posición de dominio de determinado operador (cfr.FERNÁNDEZ-LEGA GARRALDA, J.C., *Derecho de la Competencia*. Aranzadi. Pamplona, 1994, págs. 193-199). Baste aquí mencionar someramente algunos de ellos, con especial atención al control de instalaciones esenciales para la prestación de servicios en mercados conexos.

insustituibles e imprescindibles para que los nuevos operadores puedan acceder al mercado²⁴⁴.

En las condiciones actuales del mercado, en la mayoría de los casos, -por no decir en todos-, el operador calificado como dominante en el mercado de telefonía fija por la CMT, *Telefónica*, coincidirá con el operador en posición de dominio por aplicación de las normas de competencia. En el mercado del servicio de interconexión y para el mercado nacional no existe alternativa a la interconexión a la red del antiguo monopolista, que controla el bucle local (*instalación esencial o bottleneck facility*), prácticamente en exclusiva, y presta servicios al conjunto de usuarios del sistema de telecomunicaciones²⁴⁵. La interconexión a la red del operador tradicional es un elemento esencial para todo operador que pretenda acceder al mercado, pues garantiza un elevado grado de interoperabilidad (interconexión de terminación y de tránsito) y permite acceder a un gran número de potenciales clientes (interconexión de acceso). En el mercado del servicio de interconexión de acceso y terminación, el citado operador alcanza una cuota de mercado prácticamente del 100% (controla el bucle local), lo que equivale a una situación de monopolio fáctico, máximo exponente de una posición de dominio.

Distinta es la situación si lo que se solicita es la interconexión de tránsito (transporte de la señal originada en la red del operador que ofrece interconexión,

²⁴⁴ La Comisión europea entiende que toda sociedad que controle el acceso a una instalación disfruta de una posición dominante en el sentido del artículo 82 TUE (antiguo art. 86) (cfr. *Comunicación sobre aplicación de las normas de competencia*, apdos. 69 y 74). Las *Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas* ponen de manifiesto la escasa relevancia de la doctrina de las facilidades esenciales para la imposición de obligaciones *ex ante* a los OPSM (apdo. 82). Adviértase que esto se debe a que las *Directrices* se orientan a fijar criterios para valorar la existencia de un poder significativo en el mercado a efectos de imponer obligaciones específicas *ex ante* en los mercados donde no exista competencia suficiente, conforme a lo exigido por el nuevo marco regulatorio de las comunicaciones electrónicas (art. 15 Directiva Marco). Esta cuestión será examinada en el último Capítulo de esta obra. Por lo que ahora interesa y para determinar si la denegación de interconexión constituye un abuso de posición de dominio, sí resulta relevante la doctrina de las “instalaciones esenciales”, pues se trata de analizar comportamientos *ex post* valorados según el Derecho general de la Competencia y no de imponer las obligaciones *ex ante* establecidas por el Derecho sectorial.

²⁴⁵ Incluso aquellos usuarios que “han cambiado” de operador salvo determinadas zonas urbanas, necesitan utilizar los servicios de Telefónica, si pretenden efectuar una llamada local.

en la del solicitante de interconexión o en la de un tercer operador y para su entrega en una red de acceso de la que igualmente puede ser titular el proveedor de interconexión, el solicitante de la misma o un tercero). En este caso el mercado de referencia será el de servicios de interconexión de tránsito. La prestación de este servicio está vinculada al despliegue de redes de tránsito, sector del mercado en el que la introducción de la competencia se está produciendo de forma más acelerada que en el mercado de redes de acceso (por su menor coste). Así, por la mayor oferta de redes de tránsito es posible que el operador tradicional no ostente una posición de dominio en este ámbito. Se ha de valorar casuísticamente si en este sector y para esta modalidad del servicio de interconexión existe igualmente una posición de dominio.

Nada impide que existan diversos operadores en posición de dominio en el mercado del servicio interconexión, siempre que cada uno de ellos ostente una posición que le permita actuar con cierta independencia de los usuarios y de los competidores. Así, si se considera un mercado geográfico distinto al nacional (vgr. local, provincial o regional), es posible que diversos operadores provean acceso a los usuarios y, más como previsión futura que como situación real, su capacidad para actuar de forma independiente sea equiparable a la del operador tradicional. Por otra parte, también es posible que la interconexión a la red fija conmutada controlada por el operador tradicional no sea la única vía con la que cuenta el nuevo operador para acceder a un gran número de usuarios y lograr la buscada interoperabilidad. Puede que estas pretensiones se vean adecuadamente satisfechas a través de la interconexión a una red de telefonía móvil²⁴⁶.

En *conclusión* y sin perjuicio de los criterios orientativos que aquí se han formulado, *la afirmación de la posición de dominio de determinado operador exige la valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto y en el mercado de referencia considerado*. En particular, se ha de observar su cuota de mercado, la posibilidad del operador de actuar de forma independiente en el mercado considerado, su control sobre los distintos medios de acceso a los

²⁴⁶ Téngase en cuenta que el número de terminales móviles supera ya al número de terminales fijos.

usuarios, la existencia de alternativas de interconexión ofrecidas por otros operadores y el carácter sustituible de las mismas (en función de las características de los servicios finales para los que se demanda interconexión), sus posibilidades de impedir el desarrollo de otros servicios o de afectar con su comportamiento a mercados de servicios conexos...etc.

C) *La obligación de proveer interconexión del operador en posición de dominio.*

C.1. *La doctrina de las “essential facilities” y la prohibición de abuso de posición de dominio.*

Como es sabido, el Derecho de la competencia no sanciona la detentación por una empresa de una posición de dominio. Es la explotación abusiva de esta situación lo que constituye un ilícito competencial. El ordenamiento impone al operador dominante obligaciones adicionales, entre las que se encuentra la de suministrar los bienes o servicios controlados por él. La negativa injustificada a suministrar un determinado bien o servicio por una empresa en posición de dominio es un comportamiento abusivo tipificado como ilícito competencial. Así lo establece expresamente el artículo 6.2.c LDC²⁴⁷ y así lo ha entendido la jurisprudencia comunitaria, a pesar de no estar contemplada expresamente esta modalidad de abuso por el artículo 82 TUE²⁴⁸. De esta jurisprudencia se deduce la existencia de una obligación de suministro por parte de las empresas que ocupan

²⁴⁷ Art. 6.2 LDC. “El abuso podrá consistir, en particular, en: c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios”.

²⁴⁸ Tanto el TJCE como la Comisión Europea han aplicado el artículo 82 (antiguo artículo 86) a las negativas de suministro por una empresa en posición de dominio. La forma en la que se ha apelado a este precepto ha variado: mención genérica; referencia al primer apartado del precepto (“Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo”); calificación de la negativa como una medida limitativa de la producción contraria al art. 82.2.b) (SSTJ 27/76, *United Brands*, Rec. 1978, pág. 207, apdo. 183; 40-48/73, *Suiker Unie/Comisión*, Rec. 1975, pág. 1663, apdo. 398; y C-242/91P, *RTE y ITP/Comisión*, 1995, pág. I-743, apdo. 54; Decisión 88/589/CEE, *London European/Sabena*, DOCE L 317/47, de 24-11-1998, apdo. 30); o como supuesto de discriminación contrario al art. 82.2.c) (STJ. *United Brands*, apdo. 183; conclusiones del Abogado General Warner en el asunto 6 y 7/73, *Commercial Solvents*, Rec. 1974, págs. 274-275).

una posición dominante²⁴⁹, máxime cuando estos operadores controlan una instalación o infraestructura sin cuya utilización los competidores no pueden prestar servicios a sus clientes (son recursos o “facilidades esenciales”)²⁵⁰.

Según la doctrina de las “essential facilities”, toda empresa, que controle (por ejercer un monopolio legal o de hecho) un recurso o activo empresarial imprescindible para desarrollar una actividad económica en el mismo o en otro mercado conexo, ostenta una posición de dominio y está por ello obligada a permitir a sus competidores acceder al recurso o activo empresarial que controla, en condiciones no discriminatorias. Esta doctrina entraña una importante restricción de la autonomía de la voluntad de la empresa afectada, que puede verse obligada a contratar sin desearlo o hacerlo en condiciones impuestas²⁵¹. La

²⁴⁹ Tanto el TJCE como la Comisión Europea han aplicado el artículo 82 (antiguo artículo 86) a las negativas de suministro por una empresa en posición de dominio. La forma en la que se ha apelado a este precepto ha variado: mención genérica; referencia al primer apartado del precepto (“Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo”); calificación de la negativa como una medida limitativa de la producción contraria al art. 82.2.b) (SSTJ 27/76, *United Brands*, Rec. 1978, pág. 207, apdo. 183; 40-48/73, *Suiker Unie/Comisión*, Rec. 1975, pág. 1663, apdo. 398; y C-242/91P, *RTE y ITP/Comisión*, 1995, pág. I-743, apdo. 54; Decisión 88/589/CEE, *London European/Sabena*, DOCE L 317/47, de 24-11-1998, apdo. 30); o como supuesto de discriminación contrario al art. 82.2.c) (STJ. *United Brands*, apdo. 183; conclusiones del Abogado General Warner en el asunto 6 y 7/73, *Commercial Solvents*, Rec. 1974, págs. 274-275).

²⁵⁰ Sobre el concepto de “instalación esencial” v. *Comunicación de la Comisión sobre aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso* (apdo. 68) y *el Compromiso Adicional de las Comunidades Europeas y sus Estados miembros con respecto a los principios de regulación*, utilizado por el Grupo sobre telecomunicaciones básicas en el marco de las negociaciones en la Organización Mundial del Comercio (OMC).

²⁵¹ La doctrina de las instalaciones básicas o esenciales (“essential facilities”) procede del Derecho *antitrust* norteamericano. Ha sido desarrollada en el contexto de la sección 2 de la *Sherman Act* como una de las excepciones al principio general según el cual la empresa en posición de dominio goza de plena libertad para contratar (el derecho de toda empresa a elegir libremente, conforme a sus intereses, con quién desea contratar fue consagrado por el Tribunal Supremo en su sentencia en el asunto *United States v. Colgate & Co*, 250 U.S. 300, 1919); v. GIPPINI FOURNIER, E., “‘Essential facilities’ y aplicación del artículo 82 CE a la negativa unilateral a contratar. Algunas consideraciones tras la sentencia Bronner”, *GJ* núm. 205, enero/febrero 2000, págs. 77-95, concr. 80-82, donde se hace un repaso a la jurisprudencia norteamericana que, implícita o explícitamente, se fundamenta en esta doctrina.

aplicación de tal doctrina exige que el control sobre la instalación (*facility*) conlleve el poder de eliminar la competencia en el mercado descendente²⁵².

La obligación de suministro nace no sólo de la “especial responsabilidad” que recae sobre los operadores en posición de dominio de evitar que su comportamiento distorsione o falsee la competencia efectiva en el mercado²⁵³, sino, principalmente, del hecho de disponer de una instalación o infraestructura indispensable para la prestación de un determinado servicio y difícilmente sustituible²⁵⁴, conforme a criterios objetivos²⁵⁵. Este control de una instalación o

²⁵² La decisión de la Comisión de 21-12-1993, *Sea Containers/Stena Sealink* (DOCE L 15/8, de 18-1-1994) aplica la doctrina de las essential facilities y contiene una elocuente explicación de la misma: “Una empresa que ocupa una posición dominante respecto de la puesta a disposición de instalaciones básicas (esto es, instalaciones o infraestructuras sin cuya utilización los competidores no pueden prestar servicios a sus clientes) y utiliza ella misma dichas instalaciones, y que niega a otras empresas el acceso a las mismas sin razón válida o se lo concede únicamente en condiciones menos favorables que aquéllas de que disfrutaban sus propios servicios, infringe el artículo 86 (actual art. 82 TUE) cuando el propietario de instalaciones básicas utiliza su poder en un mercado para proteger o reforzar su posición en un mercado conexo, en particular, negando el acceso a un competidor o concediéndoselo en condiciones menos favorables que aquellas de que disfrutaban sus propios servicios e imponiendo, así, una desventaja a su competidor desde el punto de vista de la competencia”(apdo. 66).

A similares conclusiones llega nuestro TDC en su resolución de 1-2-1995, “3C” *Communications/Telefónica*, expdte. 350/1994 (RJ 1995, 399).

²⁵³ Cfr. SSTJCE *Michelin/Comisión*, As. 322/81, Rec. 1983, pág. 3461, apdo. 57 y *Tetra Park*, As. T-51/89, Rec. 1989 pág. II-309; Res. TDC de 26-2-1999, *Airtel/Telefónica* (expdte. 413/1997); Res. TDC de 29-7-1999, *Interflora* (expdte. 438/1998) y Res. TDC de 8-3-2000, *Planes Claros de Telefónica* (expdte. 456/1999).

²⁵⁴ Cfr. sentencias del Tribunal de Primera Instancia en los casos *Tiercé Ladbroke*, de 12-6-1997 (asunto T-504/93, Rec. 1997, p. II-923, concr. punto 131) y *Night Services*, de 15-9-1998 (asuntos acumulados T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94, *European Night Services Ltd* (ENS) y otros c. Comisión, Rec. 1998 p. II-3141). En esta última el Tribunal considera que un producto o servicio sólo puede considerarse esencial o indispensable si no existe ningún sustituto real o potencial: “si dichas infraestructuras, productos o servicios no pueden sustituirse por otros y si, a causa de sus especiales características y en especial del coste prohibitivo de la reproducción de los mismos y/o del tiempo razonablemente necesario para ello, no existen alternativas viables para los competidores potenciales de la empresa en participación, que se verían por tal motivo excluidos del mercado” (punto 209). No obstante, en la citada sentencia en el caso *Bronner*, el TJCE introduce ciertos matices respecto al carácter insustituible de los recursos. Pues entiende que el elevado coste de la utilización de otros recursos alternativos (en el caso, la articulación de un sistema propio de distribución de periódicos a domicilio, a pesar de la escasa difusión del periódico en cuestión) no convierte en esencial al recurso y por tanto, en abusiva la denegación de acceso.

²⁵⁵ En su sentencia en el caso *Bronner* (comentada por GIPPINI, “‘Essential facilities’...”, págs. 93 y ss), el TJCE expone que la duplicación del recurso ha de ser “imposible” o “enormemente difícil” y ello debido a obstáculos técnicos, reglamentarios o económicos. Excluyendo cualquier matiz subjetivo, el Tribunal sostiene, respecto a los obstáculos de orden económico, que “no basta alegar que no resulta económicamente rentable en razón de lo reducido de la tirada del diario o los diarios que deben distribuirse”. Para que el acceso pudiera considerarse

infraestructura esencial confiere a la empresa una posición dominante, equiparable en ocasiones a un monopolio de hecho. Por ello, estará obligada a permitir que sus competidores accedan a la misma en condiciones no discriminatorias. En caso contrario, los competidores reales o potenciales (futuros operadores) no podrían desarrollar su actividad²⁵⁶. La negativa no sólo puede producir la eliminación del mercado o prohibición de acceso del competidor (lo cual sería un mero acto de competencia desleal), sino que además perjudica el interés general en el mantenimiento de la competencia en el mercado y perjudica a los usuarios (consumidores) que ven reducidas sus posibilidades de elección y disminuidos los incentivos para la rebaja de precios en el mercado conexo de servicio finales²⁵⁷.

La doctrina de las facilidades esenciales ha de ser aplicada restrictivamente²⁵⁸. La obligación de suministro impuesta al operador en posición

indispensable, “sería preciso acreditar al menos, [...], que no es económicamente rentable crear un segundo sistema de reparto a domicilio para la distribución de aquellos diarios que tengan una tirada comparable a la de los diarios distribuidos mediante el sistema existente”.

²⁵⁶ Vid. XXV Informe de la Comisión sobre Política de Competencia (1995), puntos 213 y 40. Sobre la aplicación a los operadores de telecomunicaciones del principio por el que se obliga a las empresas dominantes a celebrar contratos en determinadas circunstancias v. *Comunicación de la Comisión* sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso, 1998, apdos. 87-90.

²⁵⁷ En términos similares ha definido la jurisprudencia estadounidense los requisitos para que la denegación de acceso a un recurso empresarial sea contraria a la sección 2 de la *Sherman Act*. A saber: i) control de un recurso esencial por parte de un monopolista; ii) imposibilidad para un competidor de reproducir el recurso en condiciones razonables; iii) negativa a autorizar el uso del recurso a un competidor; iv) posibilidad de dar acceso al recurso (o ausencia de motivos comerciales legítimos para denegarlo) [sentencia del Tribunal de Apelaciones para el séptimo circuito en el caso *MCI Communications Corp. v. AT&T* [708 F.2d (7th Cir. 1983), cert. denied, 464 U.S. 891 (1983)].

²⁵⁸ La interpretación restrictiva de la doctrina de las facilidades esenciales ya se puso de manifiesto en la STJCE en el caso *United Brands* (comentada por BROKELMANN, H., “Las negativas...”, pág. 8), pero ha alcanzado su máxima expresión en la sentencia del TJCE en el caso *Bronner*, en la que se afirma que para aplicar la doctrina del caso *Magill* es preciso “no sólo que la denegación del servicio (en el caso, reparto a domicilio de periódicos) pudiera justificarse objetivamente, sino, además, que el servicio, en sí mismo, fuera indispensable para el ejercicio de la actividad de éste, en el sentido de que no hubiera ninguna alternativa real o potencial al citado sistema de reparto a domicilio” (apdo. 41).

La interpretación restrictiva de esta doctrina también deriva de la jurisprudencia constitucional sobre la libertad de empresa y sus límites. Tal doctrina puede resumirse en: 1. *Reserva de Ley*. Todo límite a la libertad de empresa, en cuanto límite a un derecho constitucionalmente reconocido está sometida a reserva de Ley formal, quedando prohibido el Reglamento independiente; 2. *Justificación*. La limitación de la libertad de empresa ha de estar suficientemente justificada, test que habrá de resolverse en una valoración casuística de las circunstancias

de dominio, o en otros términos, la obligación de contratar se configura como una excepción a la regla general, que es la libertad de empresa (art. 38 CE)²⁵⁹ y el derecho de excluir a terceros del uso o provecho de los bienes propios (art. 33 CE)²⁶⁰. Se limita la libertad contractual, entendida en sentido amplio y comprensivo de la libertad de decidir si se contrata o no; libertad para elegir a la parte contratante; y libertad en la configuración del contenido de la relación contractual (se ha de contratar en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias). Así, por su carácter excepcional, la doctrina ha de ser interpretada restrictivamente. Pero junto a estas razones de tipo jurídico, existen razones de tipo económico que también aconsejan una interpretación restrictiva. La aplicación indiscriminada de esta doctrina a toda denegación de acceso puede tener consecuencias perversas por desincentivar la inversión en nuevas redes²⁶¹.

En virtud de la aludida interpretación restrictiva de la doctrina de las facilidades esenciales, la negativa a contratar sólo será abusiva cuando carezca de justificación y no exista ninguna alternativa real o potencial a la interconexión solicitada. Si existen otras alternativas, aun siendo más costosas, no se puede hablar de comportamiento ilícito (caso *Bronner*).

concurrentes; 3. *Proporcionalidad* entre el fin perseguido y los medios empleados; 4. *Menor lesión al bien constitucionalmente protegido*. Entre todas las alternativas posibles, se optará por la que resulte menos lesiva para el bien constitucionalmente protegido (la libertad de empresa). Cfr. SSTC 83/84, de 24 de julio, 140/86, de 28 de noviembre, 62/91, de 22 de marzo, 84/1993, de 8 de marzo, 54/94, de 24 de febrero, 127/94, de 5 de mayo, 197/96, de 28 de noviembre, entre otras. V. SORIANO GARCÍA, J.E., *Derecho Público...*, págs. 126-148, donde se citan y comentan las sentencias constitucionales más significativas en la materia.

²⁵⁹ ARIÑO ORTIZ, G. considera que la libertad de empresa es la regla general, mientras que las excepciones son las que se legitiman por títulos concretos de intervención (*Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*. Marcial Pons. Madrid, 1993, págs. 104-108). Sobre la libertad de empresa como derecho subjetivo, constitucionalmente reconocido a todos los ciudadanos cuyas restricciones están sometidas a reserva de ley y no pueden ser ilimitadas víd. SORIANO GARCÍA, J.E., *Derecho Público*, págs. 78-93.

²⁶⁰ No es necesario insistir aquí en que propiedad y contrato son “pivotes” esenciales sobre los que se construye nuestro ordenamiento jurídico (víd. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua...*, pág. 83).

²⁶¹ Cfr. GIPPINI, “‘Essential facilities’...”, págs. 82-85, y bibliografía allí citada.

C.2. Interconexión y “essential facilities”.

Aplicada a la interconexión la doctrina expuesta, resulta que todo operador en posición de dominio está obligado a celebrar acuerdos de interconexión con cualquier solicitante de la misma, cuando la negativa a facilitar interconexión (soportar y proveer la conexión física y funcional de la red de un tercero a la red propia) constituya un abuso de posición de dominio prohibido por el Derecho de la competencia [arts. 6.2.c) LDC y 82 TUE]. Esto ocurre en aquellos casos en los que, valoradas las circunstancias de la interconexión solicitada, la denegación carece de justificación e impide u obstaculiza el desarrollo o mantenimiento de la competencia en el mercado²⁶². Tal comportamiento abusivo tendrá efectos en el mercado descendente de los servicios finales de telecomunicaciones en el que -por lo general- también compite el operador en posición de dominio. Así, *la obligación legal de proveer interconexión a cualquier solicitante de la misma no se impone a priori a todo operador en posición de dominio y para cualquier interconexión. Sólo existe esta obligación si la denegación infringe las normas de competencia.*

Por tanto, la obligación de proveer interconexión en los términos a los que ahora me refiero deriva del carácter abusivo de la denegación. Tal obligación existirá cuando concurren los siguientes requisitos²⁶³: 1º) El operador controle una instalación esencial; 2º) La negativa a proveer el acceso a dicha instalación carezca de justificación; 3º) La denegación de acceso perjudique la competencia en el mercado considerado o en un mercado conexo a él. A continuación se examina el contenido de estos requisitos en relación a la interconexión.

a) Control de una instalación esencial.

²⁶² V. COLIN D. LONG Y VV.AA., *Competition aspects*, págs. 87, 88 y 129.

²⁶³ Cfr. Apdo. 91 Comunicación Comisión sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso.

La interconexión solicitada ha de superar un juicio de esencialidad. La obligación de suministrar interconexión nace de la imposibilidad de competir en el mercado de servicios telefónicos (o de otro que exija interoperabilidad) sin introducirse en el mercado de interconexión controlado por el operador dominante.

La imposibilidad de duplicar el producto, cuyo suministro se está exigiendo, o la inviabilidad económica de dicha duplicación son los requisitos a los que la jurisprudencia comunitaria ha subordinado la aplicación del artículo 82 TUE a la negativa de suministro, realizada por un operador en posición de dominio (sentencia *Magill*). No obstante, se ha corregido tal criterio, de forma que la denegación sólo será abusiva cuando el suministro solicitado sea insustituible, siendo irrelevante la eficiencia económica de la sustitución (caso *Bronner*).

En principio, en el servicio de interconexión concurren los requisitos exigidos por la jurisprudencia para calificar una instalación o suministro como “esencial” en cuanto es imprescindible para que el competidor pueda acceder al mercado y no existe alternativa posible. No es que no exista alternativa económica viable a la interconexión con este operador, sino que ésta es insustituible a cualquier coste. Incluso en el caso extremo de duplicar la red del operador dominante (lo que exigiría un elevado esfuerzo inversor) se mantendría la necesidad de interconexión a la red del operador dominante, como única vía para prestar un servicio completo a los propios abonados. Si el servicio ofrecido no permite comunicarse con el máximo número de abonados del sistema (y es el operador dominante quien dispondrá de la mayor base de clientes), tal servicio será expulsado del mercado. La interconexión a la red del operador en posición de dominio es económica y técnicamente insustituible.

No obstante, sobre el carácter insustituible de la interconexión con el operador dominante hay que puntualizar lo siguiente: la interconexión con el operador dominante, entendida en un sentido genérico que comprende cualquier interconexión y en cualquier punto es insustituible; pero ello no quiere decir que toda interconexión a la red del operador dominante sea insustituible. Es decir,

puede que ante una solicitud específica (vgr. interconexión en punto de interconexión X), existan otras alternativas de interconexión económicamente viables (vgr. interconexión en punto Y), siempre que ello no implique la concesión de interconexión bajo condiciones discriminatorias con respecto a otros operadores. En este caso, la interconexión solicitada no superaría el juicio de “esencialidad” y la denegación no constituiría un comportamiento abusivo. Lo que quiero poner de manifiesto es que no toda negativa del operador dominante a facilitar la interconexión solicitada constituye un abuso de posición de dominio. Para llegar a tal conclusión es necesario analizar si la interconexión solicitada constituye una “facilidad esencial” por su necesidad y carácter insustituible. Este juicio de esencialidad ha de realizarse en atención a las circunstancias objetivas del mercado y no en atención a las circunstancias específicas del solicitante de interconexión²⁶⁴.

El pronunciamiento sobre la esencialidad de la interconexión solicitada exige valorar las circunstancias concurrentes en el caso y las características de dicha interconexión. Ello con el fin de hallar posibles alternativas a la interconexión en cuestión. Así, entre otros elementos, se habrá de valorar la capacidad de la red para transmitir determinados tipos de señales, el ancho de banda requerido en función de los servicios finales, la cobertura de la red o la existencia de otras redes que ofrezcan análogas facilidades de interconexión por permitir el acceso al usuario y proporcionar cierta interoperabilidad (red de telefonía móvil, red de cable...).

Al determinar si existen o no alternativas y por tanto si es esencial la interconexión solicitada, será útil atender al tipo de interconexión solicitada: interconexión de acceso, tránsito o terminación. Es muy probable que existan otras alternativas cuando la interconexión es de tránsito; si la interconexión es de acceso, la posibilidad de alternativas se reduce ya que lo habitual será que el bucle

²⁶⁴ Cfr. *Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas de competencia*, en la que se afirma que “no bastaría con demostrar que un competidor necesita el acceso a una instalación para competir en el mercado de actividades derivadas. Sería necesario demostrar que el acceso es imprescindible para todos” (apdo. 91, nota 67).

de abonado sea único, no obstante pueden existir bucles alternativos a los que interconectarse (ej. acceso vía radio, red de cable de fibra óptica, posibilidad de tender bucle propio alternativo); la posibilidad de vías alternativas a la interconexión solicitada es mínima o inexistente cuando la interconexión es de terminación. En interconexión de acceso el operador “puede decidir” el instrumento a través del cual llega a sus usuarios (mediante bucle propio, acceso vía radio...), en cambio para la terminación de las llamadas el operador está sometido a la decisión del usuario destinatario, es él quien elige el sistema a través del cual quiere recibir las llamadas y por tanto el operador que suministra el servicio al usuario origen de la llamada no tiene otra alternativa que terminar ésta por el sistema de acceso determinado por el destinatario. En tal caso, la interconexión es un auténtico “cuello de botella” y la negativa del operador -que suministra acceso al destinatario- constituirá un abuso de posición de dominio²⁶⁵, si se cumplen el resto de los requisitos.

Se trata de dilucidar qué es esencial en el caso concreto atendiendo a circunstancias objetivas. No basta que, en caso de concederse el acceso a dicha instalación, la posición de la empresa solicitante fuese más ventajosa (útil o conveniente), sino que es preciso que su denegación implique la imposibilidad o la inviabilidad absoluta e inevitable de las actividades propuestas.

b) Denegación injustificada. En particular, las resoluciones de la CMT limitativas de la obligación de interconexión como causas que justifican la denegación.

Para que la denegación de interconexión sea abusiva es preciso que la negativa no esté justificada. La denegación sólo estará justificada cuando se apoye en razones objetivas. Entre estas razones están aquéllas que se sustentan en limitaciones técnicas fuera del control del operador que provee la interconexión (vgr. incompatibilidad de estándares técnicos, insuficiencia de recursos y riesgos de colapso de las redes, ancho de banda insuficiente en relación con las exigencias

²⁶⁵

Cfr. COLIN D. LONG, *Competition Aspects*, págs. 88 y 89.

de los servicios prestados...etc.)²⁶⁶. Otras posibles son las razones que se justifican en el tipo de señales transportadas por la red interconectada cuando el operador requerido de interconexión no está habilitado para transportar ese tipo de señales o prestar tales servicios (ej. el operador requerido de interconexión sólo dispone de autorización para la transmisión de datos y no para la prestación del servicio telefónico) o las que se sustentan en la salvaguarda de los “requisitos esenciales” definidos por la normativa ONP (seguridad e integridad de la red, interoperabilidad de los servicios y protección de datos)²⁶⁷.

No justificarán la negativa los motivos puramente económicos o fundados en las vicisitudes derivadas de las relaciones contractuales de las partes, en caso de que éstas ya hubieran existido²⁶⁸. Obviamente, se exige que la empresa que solicite el acceso esté dispuesta a abonar el precio razonable y no discriminatorio fijado y a aceptar unas condiciones de acceso no discriminatorias²⁶⁹.

Raramente el operador en posición de dominio hará explícita su negativa a ofrecer interconexión. Es más probable que manipule factores como el precio, el tiempo o la configuración técnica de sus redes para disfrazar su negativa a proveer la interconexión física y funcional. Naturalmente, estos comportamientos que obstaculizan el acceso también serán constitutivos de abuso²⁷⁰. Tanto la negativa a

²⁶⁶ Apdo.96 *Comunicación Comisión sobre aplicación normas de competencia*.

²⁶⁷ COLIN D. LONG Y VV.AA., *Competition Aspects*, págs. 130-133.

²⁶⁸ Cfr. Art. 6.2, f) LDC, en redacción dada por Ley 52/1999 ha introducido un nuevo párrafo f) en el artículo 6.2 LDC. Por otra parte, el TDC ha considerado como conducta tipificada en el artículo 6.2.c) LDC la negativa de la parte dominante a contratar en el futuro como consecuencia de una supuesta violación contractual por la parte débil (violación que posteriormente se demostró inexistente) (res. de 18-12-1991, *Cofradías de Pescadores*, expdte. 296/91, *BICE* núm. 2308, 1992). En similares términos se ha pronunciado en su resolución de 29-9-1999, expdte. 442/1981, *Eléctrica Llémana/Hidroeléctrica de Cataluña-ENHER*, que reitera la doctrina del TDC en el expdte. 431/1998, *Eléctrica Curós*. Los términos empleados por el TDC en esta última son especialmente elocuentes: “el que *Eléctrica Curós* no le pague la energía que le suministra, por lo que le adeuda una elevada suma de dinero es una cuestión que debe dirimirse ante los Tribunales de Justicia, pero no justifica en ningún caso una conducta como la realizada” (FD 5º).

²⁶⁹ Apdo. 91 *Comunicación Comisión sobre aplicación normas de competencia*.

²⁷⁰ El TDC ha declarado que para incurrir en abuso no es necesario que se produzca un cierre absoluto del mercado, sino que basta con “una obstaculización suficientemente intensa para la entrada en el mismo de un nuevo operador. Especialmente cuando se trata de mercados que

facilitar la interconexión como la obstaculización de la misma (vgr. el retraso en ofrecerla) constituyen abusos de posición de dominio²⁷¹. Ambos comportamientos no forman parte del esfuerzo competitivo que los operadores dominantes pueden legítimamente realizar para reaccionar con eficacia a las acciones de sus competidores²⁷².

Puede ocurrir que el operador en posición de dominio deniegue la interconexión, habiéndola concedido en circunstancias análogas a otro competidor (previsiblemente, una empresa filial). En este caso, de no existir justificaciones objetivas, toda denegación constituirá normalmente un abuso de la posición de dominio en el mercado de acceso, constituyendo un trato discriminatorio contrario al artículo 82.2.a TUE y 6.2.d) LDC.

La prohibición de abuso y de comportamientos discriminatorios se extiende también a la fase de negociación de los acuerdos de interconexión. Se prohíbe la negativa a negociar acuerdos de interconexión en condiciones análogas a las concedidas a otros operadores, en particular, a las empresas filiales o asociadas del operador dominante, no sólo en lo que se refiere a las condiciones sustantivas de interconexión, sino también por lo que respecta a las condiciones del proceso de negociación (v.gr. condicionar el inicio de negociaciones de

presentan en su origen un nivel de competencia muy limitado” (Res. de 26-2-1998, expte. 413/97 *Airtel/Telefónica*).

²⁷¹ La Comunicación de la Comisión sobre aplicación de normas de competencia afirma: “Los operadores de telecomunicaciones que gozan de una posición dominante están obligados a tramitar con eficacia las solicitudes de acceso. Cualquier retraso indebido, inexplicable o injustificado que se produzca en la respuesta a una solicitud de acceso puede ser constitutivo de abuso” (apdo. 95). En su resolución de 1-2-1995, “3C” *Communications/Telefónica*, el TDC condenó a *Telefónica* por abuso de posición dominante en el mercado de los servicios finales y portadores de telecomunicaciones, consistente en la negativa a suministrar líneas telefónicas a “3C” para la prestación de un servicio de telecomunicaciones liberalizado. Esta resolución ha sido confirmada por la sentencia de la Audiencia Nacional de 24-9-1997, Sala de lo Contencioso-Administrativo (RJ 1997, 1873). La sentencia ha ampliado el tenor literal del artículo 6.2.c) LDC: “la norma que se reputa infringida, el art. 6 párr. 2 letra c) no contiene la expresión ‘retraso’ sino únicamente ‘negativa’, esta Sala considera que tal precepto, además de a la negativa inicial de ‘Telefónica’ a suministrar líneas puede aplicarse al retraso reiterado, que no es sino una negativa camuflada bajo pretextos” (FJ 7º).

²⁷² Res. TDC *Planes Claros de Telefónica*, FJ 15º.

acuerdos de interconexión a la celebración de acuerdos de confidencialidad²⁷³). El artículo 6.2, letra g) LDC, en redacción dada por la Ley 52/1999, califica como abuso de posición de dominio la práctica consistente en “obtener o intentar obtener, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en las condiciones generales de venta que se tengan pactadas”. Analógicamente, también constituirá un abuso de posición de dominio la amenaza del operador dominante de no iniciar relaciones comerciales si no se aceptan condiciones de interconexión distintas y más gravosas que las contenidas en la OIR o a las ofrecidas al resto de competidores. Además, tal comportamiento puede constituir una obstaculización injustificada de las negociaciones con el propósito de causar dilación en la incorporación del nuevo operador competidor (art. 7 LDC en relación con art. 5 Ley 3/1991).

Intrínsecamente unida a esta obligación de no obstaculizar la negociación se encuentra la obligación de negociar de buena fe. Una plasmación concreta de esta obligación es la obligación recíproca de las partes de suministrarse información desde el comienzo de las negociaciones (cfr. arts. 8.1.d y 9.1.II RIN)²⁷⁴. A diferencia de otros sectores del ordenamiento²⁷⁵, no existe en la

²⁷³ En su Resolución de 28-1-1999, contestación a la consulta formulada por *BT Telecomunicaciones S.A* en relación con la determinación de la fecha exacta en la que el acuerdo de interconexión con Telefónica debe estar formalizado, apdo. II.B. (comentada por CREMADES, J. Y GARCÍA MARTÍNEZ, “Algunos aspectos clave...”, págs. 98-99), la CMT ha descalificado la interpretación propuesta por *Telefónica* de la obligación, contenida en su OIR, de formalizar un acuerdo de confidencialidad con carácter previo al inicio de negociaciones. La compañía pretendía que la firma del acuerdo de confidencialidad determinara el inicio del cómputo del plazo máximo de cuatro meses para la negociación de acuerdos de interconexión previsto en el art. 2.4 RIN. La CMT rechaza esta interpretación y advierte de los riesgos de esta práctica: “...el requisito previo de la firma del acuerdo de confidencialidad podría ser utilizado unilateralmente por el operador dominante para retrasar el momento efectivo de inicio de las negociaciones y no, conforme a su espíritu original, para salvaguardar la confidencialidad de unos datos de especial trascendencia para la compañía” ().

²⁷⁴ La Directiva de interconexión impone a los Estados miembros la obligación de velar por que “se ponga toda la información y las especificaciones necesarias a disposición de los organismos que estén estudiando la posibilidad de interconectarse y así lo soliciten, con vistas a facilitar la celebración de un acuerdo. La información facilitada debería incluir las modificaciones cuya aplicación esté prevista para el semestre siguiente, a no ser que la autoridad nacional de reglamentación acuerde lo contrario” (art. 6.b); COLIN D. LONG y el resto de autores del informe *Competition Aspects of Interconnection Agreements in the Telecommunications Sector* califican la

legislación de telecomunicaciones un precepto que remita expresamente a la aplicación de la LDC en caso de abuso de posición negociadora o de obstaculización del inicio o prosecución de las negociaciones contrario a la buena fe. Es obvio que este silencio no puede impedir su aplicación a la negociación de acuerdos de interconexión.

En torno a la justificación de la denegación de provisión de interconexión se plantea una importante cuestión, que conduce a examinar la relación entre la CMT y los órganos de defensa de la competencia a efectos de emitir un pronunciamiento sobre el carácter justificado o injustificado de determinada denegación de interconexión. La LGT habilita a la CMT para limitar el deber genérico de interconexión de forma temporal y caso por caso, cuando la interconexión solicitada no pueda satisfacerse por insuficiencia o inadecuación de los recursos y existan alternativas técnica y comercialmente viables a la interconexión solicitada (art. 22.1.II LGT). La CMT puede declarar inexigible el deber genérico de interconexión en las circunstancias indicadas por la norma. Podría cuestionarse la eficacia de esta resolución a efectos de la aplicación de las normas de la competencia. Es decir, si la resolución de la CMT en la que se limitan los deberes de interconexión de determinado operador en relación con cierta interconexión es causa de justificación de la denegación también desde la perspectiva del Derecho de la competencia. Creo que se impone la respuesta afirmativa, de modo que si existe una resolución de la CMT en la que ésta considera inexistente o limitado el deber de proveer interconexión en los términos del artículo 22.1.II LGT, la denegación de interconexión estará justificada a todos

información como una facilidad esencial, de forma que toda restricción de acceso o suministro de la misma, que no esté objetivamente justificada, puede constituir un abuso de posición de dominio (pág. 133).

²⁷⁵ V.gr. el art. 20.4.g) LPI, referido a los acuerdos entre los titulares de derechos de propiedad intelectual y las empresas de retransmisión por cable para autorizar la retransmisión por cable de obras protegidas, dispone que “Cuando alguna de las partes, en abuso de su posición negociadora, impida la iniciación o prosecución de buena fe de las negociaciones para la autorización de la retransmisión por cable, u obstaculice, sin justificación válida, las negociaciones o la mediación a que se refiere el párrafo anterior, se aplicará lo dispuesto en el Título I, capítulo I, de la Ley 16/1989, de 17 de julio de Defensa de la Competencia”.

los efectos y la denegación nunca será abusiva por estar justificada²⁷⁶. Afirmar lo contrario supondría no sólo ignorar las funciones atribuidas a la CMT por la legislación sectorial, sino también la ruptura de la coordinación exigible a la actuación de los órganos administrativos conforme a los artículos 3.1 y 18.2 de la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, incluso aunque no exista dependencia jerárquica entre ellos²⁷⁷.

A mi juicio, la vinculación de los órganos de defensa de la competencia a la resolución de la CMT sólo existirá en términos de mínimos. Esto quiere decir que si la CMT ha declarado justificada una interconexión por insuficiencia de recursos y existencia de alternativas, sería cuando menos llamativo que los órganos de defensa de la competencia declararan injustificada la denegación por considerar que no concurren los citados motivos. Sin embargo, nada obsta para que habiendo declarado la CMT la exigibilidad del deber genérico de interconexión, los órganos de defensa de la competencia consideren justificada la denegación desde la óptica del Derecho de la competencia, apelando a otras razones (ej. el operador solicitante exige condiciones de interconexión que pueden resultar discriminatorias para otros operadores).

Lo que acaba de afirmarse implica también aceptar una suerte de *litispendencia* en favor de la CMT: si se inicia un procedimiento ante los órganos de defensa de la competencia sobre una denegación de interconexión por el operador en posición de dominio y existe ya un procedimiento ante la CMT

²⁷⁶ La Resolución del TDC de 1-2-1995, expdte. 350/1994, *3C Communications-Telefónica* proporciona indicios en favor de la argumentación defendida en el texto. La denegación injustificada de Telefónica a facilitar líneas arrendadas a 3C constituye un abuso de posición de dominio entre otras razones, porque correspondiendo entonces a la Administración (Ministerio de Obras Públicas y Transportes) pronunciarse sobre la capacidad para denegar la concesión de nuevas líneas o desconectar las existentes, *Telefónica* actuó por propia iniciativa denegando el suministro. Entre líneas se extrae que si el órgano administrativo competente se hubiera pronunciado y en su caso, hubiera declarado justificada la denegación, el comportamiento no sería calificado por el TDC como abusivo.

²⁷⁷ En contra, ARPÓN DE MENDÍVIL Y CRESPO, “La Administración de las telecomunicaciones”, págs. 856 y 857. Sobre la conveniencia de no restringir, sino potenciar las funciones de los órganos sectoriales en lo que se refiere a la salvaguarda de la competencia en un sector específico, sin que ello signifique la negación de los órganos generales de defensa de la competencia véase FERNÁNDEZ ORDOÑEZ, “La protección de la competencia desde los órganos sectoriales”, *GJ* núm. 204, diciembre 1999, págs. 93-100.

conducente a un pronunciamiento sobre la exigibilidad o inexigibilidad del deber genérico de interconexión, aquél se suspenderá hasta que finalice el procedimiento ante la CMT²⁷⁸.

Si al valorar la exigibilidad o inexigibilidad del deber de interconexión, la Comisión detectara indicios de prácticas restrictivas de la competencia lo comunicará al Servicio de Defensa de la Competencia para que este adopte las medidas oportunas [DA 7ª LGT y art. 1.dos.2.f).2º LLT, en redacción dada por la DA 1ª de la Ley 52/1999²⁷⁹]²⁸⁰.

Cuanto se ha indicado no significa que sólo la CMT pueda declarar justificada la denegación de interconexión en determinadas circunstancias. La CMT realiza sus funciones “con pleno respeto” a las competencias atribuidas expresamente a los órganos de defensa de la competencia por las normas de competencia (cfr. DA 7ª LGT y art. 5.2 RCMT). La aplicación del Derecho de la competencia en todos los sectores -también en el de las telecomunicaciones- se atribuye a los órganos de defensa de la competencia (TDC y SDC). En el desarrollo de esta función, tales órganos podrán pronunciarse sobre el carácter justificado o injustificado de la interconexión con sometimiento exclusivo al

²⁷⁸ ARPÓN DE MENDÍVIL Y CRESPO aceptan “en principio” esta conclusión en atención a un criterio de especialidad, pero acaban por descartarla por entender que la diferente normativa a aplicar, la diversa autoridad administrativa competente y la diferente naturaleza de la sujeción, -general o especial-, en las relaciones jurídico públicas y la propia independencia de ámbos entes administrativos “podrían llevar a concluir que es posible la concurrencia de procedimientos ante la CMT y los ODC” (“La Administración...”, págs. 854 a 856); por la “primacía en la intervención de la CMT” se pronuncia BERMÚDEZ ODRIÓZOLA, L., “La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y la salvaguarda de la libre competencia”, *GJ* núm. 206, marzo/abril 2000, págs. 53-67, concr. pág. 61.

²⁷⁹ No creo que la nueva redacción implique un cambio significativo en la situación anterior expropiando a la CMT sus funciones de salvaguarda de la competencia. Éstas ya se atribuyen con carácter general en el artículo 1 Dos 1 LLT. De la misma opinión es BERMÚDEZ ODRIÓZOLA expuesta en el artículo ya citado “La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y la salvaguarda de la libre competencia”, en particular, págs. 64 y 65; víd en contra BERENGUER FUSTER Y GINER PARREÑO, “Comentarios críticos sobre la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia”, *Derecho de los Negocios*, núm. 114, marzo 2000, págs. 22-34, concr. 32.

²⁸⁰ No debe pensarse que siempre que la CMT considere que el deber es exigible por no concurrir los requisitos del artículo 22.1.II LGT deba remitir el expediente al SDC. Ello sólo ocurrirá cuando, atendidas las circunstancias del caso concreto, existan indicios razonables de que los hechos constituyen un abuso de posición de dominio prohibido por las normas de competencia.

ordenamiento jurídico (art. 20 LDC), sin perjuicio de la emisión por la CMT de un informe preceptivo y no vinculante en los procedimientos sobre aplicación de las normas de competencia en el sector de las telecomunicaciones (art. 28.2 RCMT).

Se advierte en este punto una importante deficiencia. Y es que al margen del principio general de lealtad institucional (art. 4 Ley 30/1992, en redacción dada por Ley 4/1999), ni la LGT, ni tampoco la LDC prevén mecanismos que garanticen la coordinación de los distintos órganos. En el estado actual de la legislación nada, -salvo el sentido común de los aplicadores de uno y otro sector normativo-, impide que se lleven simultáneamente dos procedimientos sobre un mismo asunto (denegación de interconexión) sustanciados ante la CMT y los órganos de defensa de la competencia y lo que es más grave, que existiendo una resolución de la CMT en la que se declare inexigible el deber genérico de interconexión en los términos del artículo 22.1.II LGT, el correspondiente órgano de defensa de la competencia considere abusiva por injustificada una negativa a celebrar acuerdos de interconexión²⁸¹.

²⁸¹ A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos de nuestro entorno, no puede decirse que el legislador español haya sido especialmente generoso al articular mecanismos de colaboración entre la CMT y los órganos de defensa de la competencia. Ilustrativamente, el § 82 de la *Telekommunikationsgesetz* lleva por título “*Zusammenarbeit mit dem Bundeskartellamt*” y obliga a la autoridad reguladora (*Regulierungsbehörde*) a obtener el consentimiento del *Bundeskartellamt* para la definición del mercado relevante y de los operadores con poder significativo en el mercado, así como a solicitar la intervención del *Bundeskartellamt* antes de adoptar ciertas decisiones, en particular, las referidas a la interconexión y acceso a redes. Por su parte, también el *Bundeskartellamt* ha de solicitar el informe de la *Regulierungsbehörde* antes de emitir su resolución en los procedimientos de aplicación de la *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* relativos al sector de las telecomunicaciones; en Francia, la ley 96-659 de *réglementation des télécommunications* obliga a la autoridad de regulación a obtener un dictamen no vinculante del *Conseil de la Concurrence*, antes de determinar qué operadores están obligados a ofrecer servicios de interconexión y gozan de una posición significativa en el mercado (art. L 36-7. 7º; la autoridad reguladora puede solicitar un dictamen no vinculante del *Conseil* sobre cualquier materia relacionada con la competencia (art. L 36-10); en Italia, la *Autorità garante della concorrenza* debe solicitar un dictamen no vinculante de la *Autorità per le garanzie nelle comunicazioni* antes de pronunciarse acerca de acuerdos, abusos o concentraciones en el sector de las telecomunicaciones; recíprocamente la segunda debe obtener el informe de la primera entre otros, para la modificación de las condiciones de los acuerdos de interconexión (art. 4.17 decreto de 19-9-1997, n. 318, *Regolamento per l’attuazione di direttive comunitarie nel settore delle telecomunicazioni*) o la determinación de los operadores dominantes.

En *conclusión*, creo que si existe un pronunciamiento de la CMT sobre la inexigibilidad de la interconexión, la negativa estará justificada y los órganos de defensa de la competencia no podrán sancionar como abuso de posición de dominio la denegación de interconexión por considerar que no concurren causas que justifiquen la denegación. Ello no quiere decir que las causas previstas en la resolución de la CMT (insuficiencia de recursos y existencia de alternativas técnicas y comercialmente viables) sean las únicas que justifiquen la denegación. Nada impide que por aplicación del Derecho de la competencia, los órganos generales encargados de la aplicación de este Derecho consideren justificada la denegación de interconexión por otras razones distintas de las técnicas (ej. carencia de título habilitante para transportar la señal objeto del servicio para el que se solicita interconexión, existencia de alternativas que privan a la interconexión solicitada de su carácter esencial...etc). Sin embargo, se echa de menos en nuestro Derecho positivo un mecanismo que permita ejecutar esta conclusión sin riesgo de pronunciamientos contradictorios.

c) Perjuicio a la competencia en mercado considerado o en mercado secundario.

La jurisprudencia comunitaria ha insistido en la idea de que para que la denegación de acceso a una instalación esencial, realizada por el operador en posición de dominio (posición que en muchos casos, como en el de la interconexión derivará del hecho de controlar una instalación esencial), constituya una explotación abusiva de dicha posición es necesario que la denegación pueda eliminar cualquier competencia en el mercado considerado o en otro derivado. No siempre la denegación constituye un ilícito competencial²⁸².

Al examinar los efectos de la negativa sobre la competencia en el mercado, se ha de distinguir entre el mercado de servicios de interconexión (mercado primario) y el mercado de servicios finales (mercado secundario). La negativa a facilitar la interconexión será abusiva si restringe o impide el acceso del competidor al mercado secundario de prestación de servicios,

²⁸² SSTJCE *Commercial Solvents/Comisión* (apdo. 25); CBEM (apdo. 26); *Magill* (apdos. 49 y 50); *Bonner* (apdos. 38 a 40).

independientemente de que también en éste, el operador al que se solicita la interconexión ostente una posición de dominio. La empresa en posición dominante utiliza su poder en el mercado dominado para obtener una ventaja competitiva en un mercado secundario, bien eliminando a un competidor en este mercado, bien impidiendo el acceso de un potencial competidor al mismo. En definitiva, la negativa a proveer interconexión será abusiva cuando, mediante ella, el operador dominante trate de evitar el mantenimiento del nivel de competencia existente en el mercado o el desarrollo de dicha competencia en el mercado secundario (fórmula *Hoffmann-La Roche*)²⁸³.

La obligación de proveer interconexión no se fundamenta en el interés individual del operador solicitante de interconexión -por más que éste resulte favorecido-. El daño patrimonial que pueda sufrir quien ve frustradas sus expectativas de acceso al mercado (lucro cesante) no justifica la imposición de una obligación legal de celebrar acuerdos de interconexión.

Tampoco resulta la obligación de celebrar acuerdos de interconexión del deber de suministro de bienes vitales que recae sobre aquellos que puedan proporcionarlos. Este deber de suministro de bienes vitales ha sido utilizado por la jurisprudencia alemana para justificar la contratación forzosa de servicios públicos, tales como energía eléctrica, gas, agua, teléfono...etc., controlados por empresas monopolísticas. Según la doctrina más autorizada, en tales supuestos el deber de contratar no brota de la situación monopolística, sino del deber de suministro de bienes vitales que recae sobre quienquiera que pueda proporcionarlos²⁸⁴, aunque actúen en un ámbito de libre competencia²⁸⁵. En la construcción de estos autores se piensa en consumidores como beneficiarios de

²⁸³ STJCE de 13-2-1979, As. 85/76, Rec.1979, pág. 461; también Decisión de la Comisión de 11-6-1992, *B&I Line plc/Sealink Harbours Ltd. and Sealink Stena Ltd.*, Boletín CE no 6-1992, punto 1.3.30, [1992] 5 Common Market Law Reports, pág. 255.

²⁸⁴ Sobre el desigual poder de negociación y el control de bienes escasos, como razones que justifican las restricciones al poder de autodeterminación de los particulares, v. FLUME, W., *El negocio*, págs. 33-35.

²⁸⁵ Cfr. LARENZ, K., *Derecho de Obligaciones*, traducción del alemán. Madrid, 1958. T.1, págs. 67-69.

este deber de contratar. Pero la misma tesis podría ser utilizada en beneficio de los operadores de telecomunicaciones: la interconexión es un “bien vital” para ellos incluso en el mercado liberalizado (sin ella los nuevos operadores no pueden acceder al mercado); sobre aquéllos que puedan facilitar el servicio de interconexión, recaería un deber de suministrarlo a todo el que lo solicite y por ende, un deber de celebrar acuerdos de interconexión con cualquiera que lo solicite. Sin embargo, creo que este deber de suministro de un bien “vital” para el acceso al mercado de las telecomunicaciones, como es la interconexión, está en la mente del legislador al configurar el deber genérico y abstracto de proveer interconexión, actualizable tanto por el acuerdo de las partes como por la resolución heterónoma de la CMT. Sin perjuicio de las bondades del acuerdo como instrumento de articulación de los intereses recíprocos de los operadores, éste no es imprescindible para garantizar el acceso al servicio. El mismo fin queda suficientemente satisfecho a través de la intervención heterónoma de la CMT.

Es el interés público en el mantenimiento de la competencia lo que justifica la imposición de una obligación de proveer interconexión a todo solicitante de la misma²⁸⁶. No basta con que el bien sea “vital” para considerar existente una obligación de facilitarlo a todo el que lo solicita. Es además necesario que, dadas las circunstancias del mercado, la negativa pueda eliminar la competencia o impedir su desarrollo en el mercado considerado o en mercados conexos a él.

No obstante, en el mercado de la interconexión la competencia está ya restringida por la propia estructura del mercado. Es un mercado recientemente inaugurado y controlado por un único operador (antes de la liberalización del sector, sólo existía el mercado de interconexión internacional). En estas condiciones, superado el juicio de esencialidad de la interconexión solicitada,

²⁸⁶ Refiriéndose a la LDC, ha afirmado el TDC que “es el interés público, esto es, el beneficio del conjunto de la ciudadanía, el fin básico que ilustra el contenido y la aplicación de la Ley en todo su articulado” (Resolución de 26-4-1999, *Acceso gratuito a Internet ofrecido por Euskaltel*, expte. 342/1998, FJ 3º). La tutela de este interés público es especialmente relevante en el ámbito de las telecomunicaciones, como el mismo Tribunal pone de manifiesto al señalar que “el interés público, en tanto que ventajas para los usuarios domésticos y empresariales de todos los servicios que posibilitan las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, es especialmente importante y significativo en esta nueva sociedad...” (FJ 3º).

cualquier denegación de la misma por el operador en posición de dominio se presume abusiva, en cuanto rebaja el grado de competencia en el mercado (presunción *iuris tantum*)²⁸⁷.

En torno a esta cuestión afirma GIPPINI que “la doctrina de los recursos esenciales podría generar un deber de contratar al margen de cualquier consideración intencional, o incluso al margen de que el comportamiento abusivo reporte ventaja competitiva alguna a la empresa dominante, bastando con demostrar que el acceso a un verdadero recurso esencial ha sido denegado”²⁸⁸. En mi opinión, lo que ocurre es que probado el carácter esencial de la instalación, se establece una presunción *iuris tantum* de restricción de la competencia que conduce a la consideración del comportamiento como explotación abusiva de posición de dominio. Pero es admisible probar que la denegación del acceso a determinada instalación no perjudica la competencia en el mercado (aunque puede constituir un acto de competencia desleal)²⁸⁹.

Recapitulando, para determinar si realmente existe la obligación de suministrar interconexión del operador dominante derivada del Derecho de la competencia habrá que seguir el siguiente proceso lógico: 1º) Determinar si el operador goza de una posición de dominio en el mercado de referencia de acuerdo con las normas del Derecho de la competencia (no basta la calificación por la CMT de operador dominante según los criterios del Derecho de las telecomunicaciones, aunque en la práctica la calificación procedente de uno y otro sector del ordenamiento concurren en un mismo operador); 2º) Determinar si la interconexión solicitada (no la interconexión en general a la red del operador dominante) supera el juicio de esencialidad (es necesaria e insustituible para que el operador competidor y solicitante de interconexión acceda al mercado). Este juicio de esencialidad ha de realizarse en atención a las circunstancias objetivas del mercado y no en atención a las circunstancias específicas del solicitante de interconexión; 3º) Valorar si la denegación de interconexión está o no justificada. La denegación estará justificada cuando se apoye en la insuficiencia o

²⁸⁷ En su resolución de 29-7-1999, *Interflora*, el TDC afirma que “cuando una empresa ocupa una posición dominante en un mercado, la estructura de competencia en el mismo está ya debilitada, por lo que cualquier restricción adicional de competencia producida por el comportamiento de esa empresa constituye una explotación abusiva de su posición de dominio” (FJ 6º).

²⁸⁸ “‘Essential facilities’...”, pág. 90.

²⁸⁹ Cfr. *Comunicación Comisión para la aplicación de las normas de competencia* (apdo. 83).

inadecuación de los recursos disponibles (ex art. 22.1.II LGT). Pero esta no es la única razón justificativa de la denegación. 4º) Valorar si la denegación altera la competencia en el mercado considerado o en otro conexo.

En los casos en los que exista una obligación de contratar en los términos descritos y en un mismo operador concorra la doble condición de operador dominante declarado por la CMT y operador en posición de dominio, según las normas de la competencia, la obligación de celebrar acuerdos de interconexión comprenderá la obligación de celebrar tales acuerdos en las condiciones de la OIR, que el operador dominante está obligado a publicar (art. 9.4 RIN)²⁹⁰.

d) *Efectos de la afirmación de una obligación de contratar.*

Obviamente si se concluye la existencia de una obligación del operador en posición de dominio de proveer determinada interconexión, el incumplimiento de ésta por el operador dominante tiene consecuencias jurídicas exclusivamente en el ámbito del Derecho de la competencia, pero no en el Derecho de las telecomunicaciones. No constituye una infracción de las obligaciones de interconexión tipificada en el artículo 79.10 LGT. Esto no rompe la coherencia inherente a todo ordenamiento jurídico. Si un mismo comportamiento es lícito desde la perspectiva del Derecho de las telecomunicaciones e ilícito desde la perspectiva del Derecho de la competencia no es porque el ordenamiento jurídico contenga contradicciones, sino porque la conducta se valora desde distintas perspectivas y a ella se aplican distintas normas²⁹¹.

²⁹⁰ No creo que la independencia entre el Derecho de las telecomunicaciones y el Derecho de la competencia impida afirmar que, en el caso de que exista una obligación de contratar en los términos del texto, ésta será la obligación de celebrar acuerdos de interconexión en las condiciones de la OIR, en cuanto ésta garantiza unas condiciones objetivas y no discriminatorias a todos los potenciales contratantes de interconexión. Más bien pienso que se constata aquí la complementariedad recíproca entre el Derecho de las telecomunicaciones y el de la competencia cuando ambos sirven al mismo fin, el logro de la competencia efectiva en este sector del mercado.

²⁹¹ Un argumento similar contienen las SSTC 24/1984 y 70/1989 para explicar la distinta valoración de un comportamiento en el orden administrativo y civil o en el penal y laboral, respectivamente.

Se ha insistido en el interés público en el mantenimiento de la competencia en el mercado como fundamento de la existencia de esta obligación de celebrar acuerdos de interconexión. Como tal, en caso de incumplimiento corresponde a la Administración, a través de los órganos de defensa de la competencia garantizar su cumplimiento emitiendo actos administrativos en los que se declare la existencia o no de un comportamiento abusivo y en su caso, se adopten medidas contra la conducta del operador u operadores que han explotado abusivamente su posición de dominio, denegando la interconexión. Tales medidas consistirán en la imposición de deberes de hacer o no hacer, de cesar en la práctica prohibida, en la orden de remoción de los efectos de las prácticas prohibidas contrarias al interés público o en cualquier otra medida que se estime conveniente y en su caso, en la imposición de multas (arts. 9 a 13 LDC).

No es necesario insistir aquí en que el bien tutelado en esta sede es la competencia en el mercado y lo que se sanciona es la causación de un daño al mercado²⁹². Sin embargo, el operador que ha sufrido la denegación de interconexión puede también patrimonializar el cumplimiento del deber de no abusar de la posición de dominio, mediante el ejercicio de una pretensión resarcitoria ante la jurisdicción civil (art. 13.2 LDC).

Si la denegación de acceso por el operador en posición de dominio no reúne los requisitos necesarios para ser calificado como explotación abusiva de tal posición, la denegación podrá ser calificada como acto de competencia desleal por explotación abusiva de una situación de dependencia económica (art. 16.2 Ley 3/1991)²⁹³. En terminología utilizada por MASSAGUER, sería ésta una situación de dependencia económica debida a una situación de escasez²⁹⁴. No obstante, la aplicación de esta figura cuando el operador goza de una posición de dominio en

²⁹² Víd. SORIANO GARCÍA, *Derecho Público...*, págs. 520 y 521.

²⁹³ Sobre la relación entre estas dos figuras (situación de dependencia económica y posición de dominio), MASSAGUER ha afirmado que “no existe contraposición, sino complementariedad: como se ha apuntado, respecto de una empresa con una posición dominante en el mercado sus clientes y proveedores están en situación de dependencia económica” (*Comentario*, pág. 477).

²⁹⁴ *Comentario*, pág. 480.

el mercado será escasa. Como se ha explicado, la interconexión a la red del operador en posición de dominio constituye una “essential facility” y cualquier denegación de la misma alterará la competencia en el mercado, por lo que la conducta será calificada como abuso de posición de dominio.

CAPÍTULO III

PECULIARIDADES DEL ACUERDO DE INTERCONEXIÓN

1. RÉGIMEN JURÍDICO-POSITIVO DEL ACUERDO DE INTERCONEXIÓN.

Como ya se ha indicado, el acuerdo de interconexión es uno de los instrumentos de ejecución del deber genérico de facilitar interconexión, que el artículo 22.1 LGT impone a los titulares de redes públicas de telecomunicaciones y el artículo 2.1 RIN extiende también a los operadores de servicios respecto a los que así lo prevea su título habilitante. No constituye ejecución de una obligación legal de contratar, que no resulta ni de la LGT ni de ninguna otra norma sectorial. Sí será el medio a través del cual se cumple la obligación de proveer interconexión derivada de las normas de competencia, en aquellos casos en los que la denegación de interconexión constituya un abuso de posición de dominio (art. 6.2.c LDC).

En los casos en los que los operadores con derechos y obligaciones de interconexión opten por cumplir su deber conforme a las condiciones determinadas autónomamente, celebrarán un acuerdo de interconexión¹. El acuerdo es fruto de la autonomía de la voluntad de los contratantes. Los operadores negociarán libremente dentro de los límites previstos por el ordenamiento (arts. 22.2 LGT y 1255 CC). En particular, limitarán la autonomía

¹ No siempre la ejecución de la obligación de interconexión exigirá el acuerdo de interconexión. La interconexión es un instrumento de desarrollo de la competencia y de crecimiento del mercado de las telecomunicaciones y por ello, la interconexión se predica de las redes y los servicios, al margen de quien sea titular de los mismos, sería "idealmente posible que la obligación de interconexión deba cumplirse para redes de un mismo titular y por tanto sin necesidad de contrato alguno" (ALCARAZ H., "Consideraciones sobre la interconexión para el servicio telefónico básico". *La Ley*, núm. 4469, de 30-1-1998, p.3). No obstante, es habitual que para la explotación de distintas actividades la "empresa madre" esté dividida en diversas estructuras o empresas filiales (ej. *Telefónica, S.A. - Movistar, S.A., Retevisión, S.A. - Amena, S.A.*), independientemente de que exista o no acuerdo entre ellas, por exigencias del principio de no discriminación, las condiciones en las que se facilita la interconexión a estas estructuras internas es parámetro que determina las condiciones que se aplicarán al resto de operadores. Ello quiere decir que si internamente no es preciso formular un contrato, dada la relación entre el operador principal y sus filiales, *de facto* el contenido objetivo de esa relación sí tiene carácter contractual extrapolable a otros operadores independientes.

privada las restricciones derivadas de la normativa sectorial y las normas de competencia. Entre las primeras, se encuentran las normas imperativas, que establecen principios de interconexión (art. 22.4 LGT y 9.1 RIN), imponen estándares técnicos (arts. 29 LGT y 5 RIN) o fijan precios o criterios para su determinación (cfr. arts. 26 LGT, 9.6, 10 y 13 RIN y en especial, DT 4ª LGT), y los actos de la CMT que integran el contenido contractual (cfr. arts. 22.2.II, 22.3 y 25 LGT).

El acuerdo habrá de celebrarse en el plazo máximo de cuatro meses computados desde la solicitud de inicio de las negociaciones, sin perjuicio de que las partes puedan ampliar dicho plazo (art. 2.4 RIN). Habrá de contener aspectos relativos a los servicios de interconexión ofrecidos, las contraprestaciones económicas de los mismos, así como las características técnicas y operativas de la interconexión, que permitan la adecuada prestación de los servicios de interconexión y garanticen la interoperabilidad de los servicios de telecomunicaciones (cfr. art. 8 RIN).

El acuerdo excluye la intervención heterónoma de la CMT (art. 22.3 LGT)². No obstante, el acuerdo sólo excluye esta intervención en cuanto al nacimiento del deber concreto de proveer interconexión a determinado operador. Tal deber no nacerá de la resolución de la CMT, sino del acuerdo de las partes. Pero ello no impide la intervención correctora de la CMT sobre el propio acuerdo (art. 22.2.II LGT). La CMT ejercerá esta potestad “excepcionalmente”, cuando el contenido del acuerdo pudiera amparar prácticas contrarias a la competencia o la modificación resulte precisa para garantizar la interoperabilidad de los servicios. Se pretende así tutelar el interés público en la interconexión y, según ha declarado la CMT, también reequilibrar las diferentes posiciones negociadoras de las partes, en tanto el desequilibrio pueda perjudicar la competencia³.

² El §37 (2) de la Ley alemana de Telecomunicaciones es claro en este sentido: “Eine Anordnung nach Absatz 1 (prevé la intervención de la Autoridad reguladora en defecto de acuerdo de las partes) ist nur zulässig, soweit und solange die Beteiligten keine Zusammenschaltungsvereinbarung treffen. §36 (prevé la carga de negociar acuerdos de interconexión) bleibt unberührt”.

³ Víd. Res. CMT de 28-12-1999, expdte. ME 1999/620, de modificación del AGI entre

Los acuerdos de interconexión celebrados por los operadores (sean o no dominantes) han de ser comunicados a la Comisión, que, salvo en lo que pueda afectar al secreto comercial o industrial⁴, lo pondrá a disposición de terceros interesados (art. 22.6 LGT). El RIN ha limitado este deber de puesta a disposición de terceros a los acuerdos celebrados con los operadores declarados dominantes, por ser particularmente aplicable a éstos el principio de no discriminación (art. 2.8 RIN)⁵.

Lince Telecomunicaciones S.A y Telefónica de España S.A por ser contrario a la libre competencia y a la interoperabilidad de los servicios (apdo. III). En este caso la modificación era más formal que sustantiva, pues los operadores ya habían negociado un anexo al AGI en el que se recogían las modificaciones exigidas por la CMT. No así la resolución de 27-1-2000 relativa a la modificación del acuerdo general de interconexión suscrito entre *Telefónica de España, S.A.U* y *Jazz Telecom, S.A.* En ésta la CMT exige no sólo la supresión de ciertas cláusulas del acuerdo, sino también la introducción de otras redactadas por la propia Comisión y la suspensión de la aplicación de algunas de las estipulaciones contractuales. Por sus efectos negativos sobre la competencia, se obligó a suprimir, entre otras, la cláusula por la que las partes se comprometían a no ofrecer a un tercer operador un precio más favorable por un servicio de interconexión equivalente al previsto en el Acuerdo y la que obligaba a *Jazztel* a revisar el Acuerdo a petición de *Telefónica*, siempre que aquél ofreciera a un tercero mejores condiciones de precios de interconexión que las establecidas en el acuerdo, obligándose a ofrecer a *Telefónica* condiciones, al menos, idénticas a las mejores que haya acordado con otro operador para cada servicio concreto (apdos. 1º y 5º). *Telefónica* recurrió esta Resolución. El recurso, resuelto por la Resolución de 6-4-2000, expdte. AJ 2000/2154, sólo fue estimado parcialmente en lo que se refería a la suspensión de la aplicación de los precios que *Telefónica* debía pagar a *Jazztel* por el acceso a su servicio de cobro revertido automático, ya que las partes habían negociado un *Addendum* al AGI en el que se subsanaban las deficiencias indicadas por la CMT.

⁴ En el ordenamiento español no existen normas que definan qué informaciones constituyen secreto industrial o comercial. La CMT ha entendido que “las únicas reglas que pueden establecerse con carácter general, en relación con esta cuestión, han de partir de la consideración de secretas de aquellas informaciones contenidas en un determinado documento, que las partes firmantes del mismo reivindiquen como tales, y que esta Comisión así lo reconozca. Tal reconocimiento debería realizarse tras un análisis minucioso sobre la naturaleza de cada documento y la aplicación del principio de proporcionalidad, debiendo ser la información que se haga pública proporcional con la finalidad perseguida con el levantamiento de la confidencialidad de la misma” (Res. de 23-9-1999, relativa al escrito presentado por *Madritel Comunicaciones S.A.* solicitando el acceso a las condiciones acordadas en los contratos de cesión de contenidos firmados entre *Sogecable* y *Cableuropa*, FD 6º).

⁵ La aplicación del artículo 2.8 RIN es especialmente relevante en relación con los operadores dominantes en el mercado de telefonía móvil. Éstos, a diferencia de los operadores dominantes en el mercado de telefonía fija, no están obligados a publicar una OIR (art. 10 RIN, en relación con su art.9). En tal situación, la solicitud a la Comisión de la puesta a disposición de los interesados de los acuerdos de interconexión suscritos por los operadores dominantes constituye el único medio de conocer los términos y condiciones en que estos operadores están interconectando sus redes. Ello explica que todos los casos en los que la CMT se ha pronunciado sobre esta cuestión se refieran a acuerdos celebrados con un operador de redes y servicios móviles. Cfr. Resolución CMT de 22-7-1999, expdte. 1999/774, sobre la puesta a disposición de *Lince Telecomunicaciones, S.A.* de los acuerdos generales de interconexión suscritos entre *Telefónica Servicios Móviles, S.A.* y *Retevisión, S.A.* el día 12 de abril de 1999. En esta Resolución, la CMT entendió que lo previsto en el artículo 2.8 RIN es aplicable no sólo a los acuerdos que pueda

El incumplimiento de este contrato constituye un ilícito civil consistente en un incumplimiento contractual. Sin perjuicio de que, además, pueda constituir una infracción administrativa por incumplimiento de obligaciones en materia de interconexión (art. 79.10 LGT); un ilícito competencial por prácticas restrictivas de la competencia (art. 1.1. LDC), abuso de posición de dominio (art. 6.2.c LDC) o un acto de competencia desleal (arts. 5 y 16.2 LCD)⁶.

Los conflictos relativos a la interpretación y ejecución del acuerdo de interconexión se resolverán por la CMT. Ésta puede resolver conflictos bien en ejercicio de su función arbitral [arts. 1.Dos.2.a) LLT y 6 a 18 RCMT], o bien como ente administrativo, cuya función se somete a la Ley de Procedimiento Administrativo [arts. 25 LGT, 1.Dos.2.e) LLT y 19 RCMT]. Estos mecanismos específicos de resolución de conflictos previstos por la legislación sectorial no impiden al juez civil conocer de las pretensiones de Derecho privado derivadas de esta relación jurídica⁷.

celebrar un operador dominante a partir de su declaración como tal, sino también a todos los acuerdos ya vigentes en el momento de su declaración como dominante. Tal respuesta no se justifica en la atribución de efectos retroactivos al acto administrativo por el que se declara a un operador como dominante, -lo que vulneraría el artículo 57 de la Ley 30/1992-, sino en la aplicación del artículo 2.8 RIN a “una situación jurídica plenamente actual y vigente, la interconexión entre ambas compañías, cuyo marco de derechos y obligaciones está contenido en los Acuerdos citados, que no son negocios jurídicos cuyos efectos se agoten en el mismo momento en que fueron perfeccionados, sino que, [...], ‘dado el carácter de tracto sucesivo que dichos acuerdos tienen’, sobre ellos se aplica la Ley General y el Reglamento de Interconexión no sólo cuando son suscritos, sino durante todo el tiempo de su vigencia” (FD 3º). Tal argumentación condujo a la estimación de la solicitud de *Lince* de acceder al acuerdo celebrado entre *Retevisión* y *Telefónica Móviles* el 12-4-1999, a pesar de que en aquel momento ninguno de los operadores era operador dominante y fue posteriormente, el 3-6-1999, cuando *Telefónica Móviles* fue declarado operador dominante en el mercado de telefonía móvil en el ámbito de todo el territorio nacional. El mismo criterio se mantuvo en la Resolución de 4-11-1999, expdte. AJ 1999/1193, sobre la puesta a disposición de *Retevisión*, S.A. del Acuerdo General de Interconexión suscrito entre *Airtel Móvil*, S.A. y *Lince Telecomunicaciones*, S.A. el día 8 de marzo de 1999.

⁶ Los distintos efectos del incumplimiento del acuerdo de interconexión serán examinados en el capítulo IV.

⁷ V. Cap. IV.

2. EL ACUERDO DE INTERCONEXIÓN COMO CONTRATO DE DERECHO PRIVADO.

Seguidamente, se exponen el concepto y las características más notables de los acuerdos de interconexión (*infra* 2.1) y las particularidades de su negociación, prestando especial atención a la intervención de la CMT en el proceso de negociación (*infra* 3)⁸. Pero antes, considero necesario ofrecer algunos argumentos que justifican la naturaleza contractual del acuerdo de interconexión y su calificación como contrato de Derecho privado (*infra* 2.2 y 2.3), a pesar de su indiscutible relevancia pública. Esta afirmación del carácter contractual privado es especialmente importante en relación con aquellos supuestos en los que la voluntad autónoma de los operadores se encuentra integrada por elementos ajenos a ella, -en particular los actos administrativos de la CMT (v.gr. exigencia de interconexión efectiva o modificación de condiciones contractuales)-, de forma que el acuerdo de interconexión no es sólo el resultado de la libre negociación de los operadores, sino también de la intervención de la CMT.

2.1. Concepto y características.

En la normativa española se utiliza reiteradamente la expresión “acuerdo de interconexión”, pero no se ofrece una definición del mismo. En otros ordenamientos, se distingue entre la obligación de interconexión y el instrumento mediante el que ésta se ejecuta (el acuerdo de interconexión)⁹.

⁸ Sobre el régimen jurídico de esta nueva modalidad contractual vid. también mi trabajo realizado en colaboración con el profesor CARRASCO PERERA, “Interconexión...”, págs. 512-524.

⁹ El Decreto argentino núm. 764/2000, de 3 de septiembre, de desregulación de los servicios, por el que se aprueban los Reglamentos de Licencias para Servicios de Telecomunicaciones, Nacional de Interconexión, General del Servicio Universal y Sobre Administración, Gestión y Control de Espectro Radioeléctrico. (B.O. 29476 (05/09/2000) define el acuerdo de interconexión como “el acuerdo jurídico, técnico y económico que celebran dos o más Prestadores, con el objeto de que los clientes y/o usuarios de cada uno de ellos tenga acceso a los servicios y clientes y/o usuarios del otro (Anexo II, art. 3); en similares términos se define el acuerdo de interconexión en Italia, donde el artículo 4 del *Reglamento per l’attuazione di direttive comunitarie nel settore delle telecomunicazioni* (DPR 318/97) establece: “L’accordo tra le parti interessate contiene le disposizioni tecniche e commerciali in materia di interconnessione”.

En palabras de la CMT, “el acuerdo de interconexión es el documento que incluye todas las condiciones bajo las cuales se van a prestar mutuamente el servicio de interconexión ambos operadores”¹⁰.

Se puede definir el acuerdo de interconexión como *el contrato por el que dos titulares de redes públicas de telecomunicaciones o un titular de red y un operador de servicios del mismo tipo constituyen un derecho a obtener la conexión física y funcional de sus redes, de forma que se garantice la interoperabilidad de los servicios y se permita a los respectivos usuarios utilizar los servicios de telecomunicaciones ofrecidos por los operadores interconectados, independientemente de cuál sea el operador de acceso. Por el acuerdo se crea una obligación de resultado cuya prestación característica es la de facilitar (proveer y soportar) la conexión física y funcional de redes, a cambio de una contraprestación económica. La prestación de interconexión es una prestación de uso útil, cuya ejecución se prolonga durante toda la duración del acuerdo. Éste ha de contener las condiciones técnicas y económicas en las que se ejecutan las prestaciones que integran esa obligación de resultado.*

Dicho en otros términos, el acuerdo o contrato de interconexión es un contrato *sinalagmático*, por el que ambos operadores se obligan a *prestaciones recíprocas de dar, hacer, no hacer y soportar*, que han de ser ejecutadas conforme a la reglamentación contractual y en todo caso, conforme a un principio de cooperación recíproca¹¹.

El legislador utiliza la expresión “acuerdo de interconexión” y no “contrato de interconexión”. Esta terminología, que se repite en la mayoría de los

¹⁰ Res. CMT 29-4-1999, para adoptar medidas cautelares en el procedimiento abierto en relación con la solicitud de intervención presentada por *BT Telecomunicaciones, S.A.* en relación con el conflicto suscitado sobre la interconexión entre su red y la de *Telefónica* (apdo. 3º de antecedentes de hecho).

¹¹ Adviertase que desde esta perspectiva, acuerdo de interconexión y resolución de la CMT constituyen una relación jurídica de idéntico contenido. Por ello, lo dicho en el texto respecto a la prestación de interconexión, objeto de la obligación nacida del acuerdo es igualmente aplicable a la obligación nacida del acto administrativo de eficacia interprivada.

ordenamientos en los que se ha regulado la interconexión¹², ilustra acerca del contenido de la relación de interconexión. En ella priman las prestaciones que implican una *cooperación* entre las partes sobre aquellas otras que articulan intereses contrapuestos. Las partes se obligan recíprocamente a cederse el uso de sus instalaciones de red o infraestructura de servicios, a encaminar las señales de telecomunicación en la forma pactada y a facilitar el acceso a los servicios y funcionalidades de la red según lo acordado, a cambio de un precio cierto. Ello les sitúa en una posición de "co-portadores" de la señal. Ambos operadores comparten recursos y cooperan en la prestación de un servicio de calidad a los usuarios. Esta "comunidad" de intereses ubica al acuerdo de interconexión entre aquellos contratos, que como los societarios, su ejecución exige máxima buena fe (art. 7.1 CC y 57 Ccom)¹³.

Del acuerdo de interconexión nacen obligaciones específicas para cada uno de los operadores y obligaciones comunes a ambos¹⁴. El operador interconectado está obligado a pagar el precio; el proveedor de interconexión está obligado a prestar los servicios de interconexión en los términos pactados (encaminamiento de la señal) y a facilitar el uso de sus instalaciones (v.gr. coubicación de equipos)¹⁵. Sin perjuicio de la libertad de pactos de los

¹² La Directiva de Interconexión y todas las demás Directivas ORA se refieren a la negociación de los "acuerdos de interconexión"; en Alemania, la Telekommunikationsgesetz de 1996 y la Ordenanza de interconexión de 23-10-1996 emplean el término "Vereinbarung" y no el de Vertrag (contrato) (ej. § 37 TKG, § 5 NZV); también en el Ordenamiento italiano se habla de "accordi di interconnessione" (ej. art. 6 del Decreto de 23-4-1998, de *Disposizioni in materia di interconnessione nel settore delle telecomunicazioni*) y el regulador argentino se refiere a los "convenios de interconexión" (ej. arts. 3 y 10 Reglamento General de Interconexión).

¹³ Sobre la consideración de la buena fe como principio general de nuestro ordenamiento aplicable no sólo al ejercicio de los derechos (art. 7 CC), sino también al cumplimiento de los deberes v. MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., "Artículo 7.1" en *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia. Madrid, 1993, Tomo I, págs. 37-56, conr. 39 y 40; DIEZ-PICAZO, J.L. en el prólogo a la obra de WIEACKER, F., *El principio general de la buena fe*. Traducción de J.L. CANO. Madrid, 1977. 2ª Reimpresión, 1986. Civitas, pág. 12).

¹⁴ Para una exposición más extensa y detallada del contenido de los acuerdos de interconexión y las obligaciones de los operadores v. CARRASCO PERERA Y MENDOZA LOSANA, "Interconexión...", págs. 515 a 524.

¹⁵ Lo habitual es que las posiciones contractuales de cada uno de los operadores sean intercambiables dentro de la relación jurídica. Es decir, el operador A (proveedor de interconexión) presta servicios de interconexión al operador B (operador interconectado) y éste

contratantes, ambos están obligados a mantener sus redes en condiciones aptas para la interconexión, a realizar pruebas en los términos convenidos, a adoptar medidas para salvaguardar los requisitos esenciales (cfr art. 4 RIN), a intercambiarse información técnica, información sobre numeración o información relevante para la facturación de los servicios, a evitar el fraude en el uso de los servicios telefónicos, a adoptar medidas tendentes a minimizar los efectos de los posibles fallos o errores en la prestación de servicios a los usuarios, a realizar operaciones coordinadas de modificación o conservación de la red o a cualquier otra derivada de las exigencias de la buena fe (art. 1258 CC).

El acuerdo de interconexión es uno de los mecanismos a través del cual los operadores de redes y servicios obligados a interconectar sus redes, en los términos de los artículos 22.1 LGT y 2.1 RIN, cumplen su deber. Este carácter instrumental del cumplimiento de un deber público, hace que el régimen del acuerdo de interconexión no sea idéntico al de los demás contratos de Derecho privado. Y es que el acuerdo de interconexión crea una *relación jurídico-privada de trascendencia pública*. La trascendencia pública de esta relación justifica la imposición de límites a la libertad contractual (heterointegración de la *lex contractus* con elementos ajenos a la autonomía privada¹⁶); la consideración del acuerdo de interconexión como fuente de obligaciones de Derecho privado y de Derecho público¹⁷ y correlativamente, la doble tutela, -pública y privada-, del cumplimiento de los acuerdos de interconexión¹⁸; o a la aplicación limitada de los “remedios típicos del acreedor” (v.gr. limitación de la facultad resolutoria del acreedor en caso de incumplimiento¹⁹).

paga la correspondiente cuota de interconexión; simultáneamente, el operador B presta servicios de interconexión al operador A y éste paga el precio de interconexión (se produce una inversión de las posiciones contractuales). No obstante y en función de las preferencias de los operadores, nada obsta para que en un acuerdo de interconexión sólo el operador A preste servicios de interconexión.

¹⁶ Cfr. *infra* 2.3, A.

¹⁷ Cfr. *supra* Cap. II, 5.2,A).

¹⁸ Cfr. *infra* en este mismo capítulo, epgr. 2.3 y Cap. IV, 3.1.

¹⁹ Cfr. *infra* Cap. IV, 3.4.

2.2 Justificación de la naturaleza contractual del acuerdo de interconexión.

A) Consideraciones previas.

El acuerdo de interconexión es un contrato y un contrato de Derecho privado. A continuación, trataré de argumentar y justificar esta afirmación.

Como punto de partida de esta tarea habrá que definir, al menos en lo que sea estrictamente necesario para los fines que aquí se pretenden, cuándo una relación entre dos particulares puede ser calificada como un *contrato de Derecho privado*. Se entiende aquí que una *relación jurídica es de Derecho privado* cuando vincula a dos particulares y uno de ellos, o ambos, tiene reconocido por la norma: a) una pretensión contra el otro, consistente en un dar, hacer o no hacer, cuyo cumplimiento puede ser demandado ante los tribunales de la jurisdicción civil, laboral o incluso penal -responsabilidad patrimonial derivada del delito-, es decir, jurisdicción distinta a la contencioso - administrativa; o b) una pretensión dirigida a obtener una declaración judicial que afirme la existencia de una relación jurídica tal que en el futuro pueda fundamentar una condena de dar, hacer o no hacer²⁰. Si una relación de este tipo tiene carácter patrimonial y nace de la voluntad de los agentes intervinientes en el tráfico que, de común acuerdo sobre el objeto y la causa de la relación, consienten en obligarse, la relación obligatoria será contractual²¹.

²⁰ V. CARRASCO PERERA, *Derecho Civil*, pág.23.

²¹ Son ilustrativos los términos en los que se pronuncia FLUME: “el rasgo esencial que une a todas las clases de contratos, es que la reglamentación negocial se pone en vigor por la conformidad de los contratantes” (*El negocio*, pág. 709). Habrá casos en los que la relación de Derecho privado no nazca del acuerdo de los particulares, sino de la propia ley (vgr. responsabilidad civil extracontractual) o incluso de un acto de autoridad de un tercero (acto administrativo o sentencia judicial) que constituye una relación de Derecho privado entre dos particulares sin que medie la voluntad de estos (vrg. antiguos arrendamientos forzosos impuestos por el Gobernador civil de la provincia, resolución de la CMT que exige la interconexión efectiva de las redes de telecomunicaciones y estipula las condiciones a la misma...etc.).

Por otra parte, no corresponde aquí discutir sobre la amplitud del concepto de contrato. Es de todos conocido que el carácter patrimonial no se acepta unánimemente como elemento definitorio de la relación contractual. Algunos autores proponen un concepto restringido de contrato, definiéndolo como “el negocio jurídico bilateral cuyos efectos consisten en crear, modificar o

El concepto clásico de contrato define éste como “un acuerdo de voluntades de dos o más personas (*duorum vel plurium consensus*) dirigido a crear obligaciones entre ellas (*ad constituendum obligationem*)”²². Conforme al artículo 1254 de Código Civil, “el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”. El contrato es la manifestación más rotunda en el Derecho privado del principio de autodeterminación de los sujetos intervinientes en el tráfico jurídico (art. 10.1 CE y 1255 CC). En ejercicio de su poder de autodeterminación, los particulares deciden constituir un vínculo jurídico en el que sus respectivos comportamientos quedan sometidos al poder del otro contratante. La obligación nacida del contrato tiene fuerza de ley entre los contratantes y debe ser cumplida en los términos acordados (art. 1091 CC). Cuando perfeccionan el contrato, ponen en vigor la *lex contractus*. El contrato surte efectos porque los contratantes, de común acuerdo, así lo quieren y el ordenamiento permite la configuración contractual autónoma de las relaciones jurídicas²³.

Los contratantes no pueden anular unilateralmente la reglamentación contractual que ha sido objeto de acuerdo. Por ello, el mismo ordenamiento prevé mecanismos de tutela de las pretensiones privadas nacidas del acuerdo válido. Tales mecanismos son las acciones ante la jurisdicción civil, también llamadas “remedios contractuales”: acción de cumplimiento específico o por equivalente (art. 1098 CC), acción de resolución del vínculo obligatorio (art. 1124 CC) y/o

extinguir una relación jurídica *patrimonial*” (DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I, pág. 123). Otros consideran que no es imprescindible que el objeto de la relación tenga contenido patrimonial (FLUME, *El negocio*, pág. 115). Como argumento a favor de esta segunda opción puede esgrimirse el convenio arbitral (art. 5 LA). Éste carece de contenido patrimonial, en cuanto no es posible su cumplimiento por equivalente a costa del deudor y sin embargo, no hay inconveniente en calificarlo como auténtico contrato. En general, se puede afirmar que toda relación del tipo descrito en el texto y de contenido patrimonial es un contrato, pero también es posible calificar como contractuales relaciones del tipo indicado desprovistas de contenido patrimonial.

²² DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, I, pág. 118. En los términos empleados por SAVIGNY, “contrato es la unión de varios en una declaración de voluntad concordante mediante la cual se determinan sus relaciones jurídicas” (*System*, III, § 140, pág. 309); FLUME lo define como “la reglamentación negocial de una relación jurídica que ha sido adoptada por acuerdo de los contratantes” (*El negocio jurídico*, pág. 706).

²³ Cfr. FLUME, *El negocio*, págs. 706 y 714; ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*. Civitas. Madrid, 1991, págs. 56-60.

acción de resarcimiento por los daños causados por el incumplimiento (art. 1101 CC). El particular que vea perturbada su situación jurídica por el incumplimiento del otro, con quien se ha vinculado, podrá utilizar estos mecanismos para exigir el cumplimiento del comportamiento debido o en su caso, la indemnización de los daños inferidos.

En definitiva, existirá un contrato de Derecho privado allí donde el ordenamiento reconoce al poder de autodeterminación de los particulares eficacia para, de común acuerdo, constituir, modificar o extinguir una relación jurídica obligatoria por autonomía de su voluntad, libremente formada y externamente manifestada en la declaración de voluntad contractual (libertad de contratación), reglamentar esta relación conforme a su voluntad (libertad contractual) e invocar el poder coactivo del Estado, a través de la jurisdicción civil, en defensa de sus legítimas pretensiones nacidas del acuerdo. Los rasgos que cualifican al contrato son: la libertad de decisión sobre la constitución del vínculo obligatorio (derechos-deberes) (libertad de contratación); la creación de ese vínculo obligatorio por el común acuerdo sobre el objeto y la causa de la relación y en los términos queridos por los operadores (libertad contractual) y la tutela de los respectivos derechos y deberes de los contrantes con las técnicas propias del Derecho privado (acciones civiles o “remedios contractuales típicos”).

Los rasgos indicados se asocian a cada una de las facetas del contrato: la libertad de contratación aparece vinculada al *contrato como acto*; la libertad contractual y la tutela de las pretensiones contractuales se proyectan en el *contrato como regla*.

El artículo 22.2 LGT declara aplicable al sector de las telecomunicaciones el principio básico de la contratación, la autonomía de la voluntad (art.1255 CC). Dispone el precepto que “los acuerdos de interconexión se celebrarán libremente entre las partes”. Se siguen así los dictados del Derecho Comunitario²⁴ y la tendencia general del resto de países en los que se ha abordado el proceso de

²⁴ Cfr.arts. 3.1 y 4.1 Directiva 97/33/CE.

liberalización de las telecomunicaciones²⁵.

A pesar de esta proclamación de la libertad de las partes para celebrar acuerdos de interconexión, del régimen jurídico de la interconexión configurado por la LGT y su Reglamento resultan ciertas características que permiten cuestionar la calificación del acuerdo de interconexión como contrato privado. A saber:

i) La decisión de interconectar o no las redes se sustrae a la voluntad de los operadores. La LGT impone el deber abstracto y genérico de proveer interconexión (art. 22.1). Éste será exigible a todo titular de redes públicas de telecomunicaciones u operador de servicios, si así lo establece su título habilitante, en los términos definidos en un acuerdo de interconexión (art. 22.2 LGT), o en su defecto, en una resolución de la CMT (art. 22.3 LGT).

ii) La libertad contractual, entendida como libertad de configurar el contenido del contrato, se presenta intensamente restringida en el ámbito de la interconexión. Existen normas imperativas que heterointegran el contenido del acuerdo y cuyo incumplimiento constituye no sólo un incumplimiento contractual, sino también una infracción administrativa por incumplimiento de obligaciones en materia de interconexión (art. 79.10 LGT). Son éstas las que he denominado “obligaciones legales de interconexión nacidas del acuerdo”²⁶. Además, la CMT está habilitada para modificar las estipulaciones contractuales cuando su

²⁵ Algunos ejemplos son: Estados Unidos, secciones 252 e) y 252 d) de la *Telecommunications Act* de 8-2-1996 (Pub L. No. 104-104, 110 Stat 56); el Reino Unido, Conditions 13 to 15 de la Licencia Individual concedida a *British Telecom*, conforme a la *Telecommunications Act* de 1984; Alemania, §36 *Telekommunikationsgesetz* (TKG) de 25-7-1996 (BGBl. I S. 1120); Francia, art. L 34-8 del *Code des postes et télécommunications* (*Loi n° 96-659 de 26-7-1996, de réglementation des télécommunications*, JO 27-7-1996); Italia, art. 3.1 del Decreto de 23-4-1998, de *Disposizioni in materia di interconnessione nel settore delle telecomunicazioni* (G.U. n. 133, de 10-6-1998). Todas estas normas tienen en común la concepción de la interconexión como un contrato entre privados, particularmente ilustrativas pueden resultar las normas francesa e italiana, que establecen, respectivamente: “L’interconnexion fait l’objet d’une *convention de droit privé* entre les deux parties concernées”; “L’interconnessione delle reti pubbliche di telecomunicazioni é oggetto di un accordo di diritto privato tra organismi di telecomunicazioni”.

²⁶ Cfr. Cap. II, epgr. 4.4, A).

contenido pueda amparar prácticas contrarias a la competencia o resulte preciso para garantizar la interoperabilidad de los servicios (art. 22.2.II LGT).

iii) Todas las obligaciones derivadas del acuerdo de interconexión -las legales y también otras obligaciones pactadas- pueden convertirse en contenido de un acto administrativo. La legislación sectorial atribuye a la CMT la función de resolución de conflictos conforme a las normas de procedimiento administrativo (art. 25 LGT). Salvo en los casos de finalización anormal del procedimiento (desistimiento, renuncia o caducidad), en aquéllos en los que la CMT se declare incompetente para conocer de determinada cuestión, en los que se entienda que no se produce incumplimiento alguno o en los que se desestime la solicitud de inicio del procedimiento, éste concluirá con la producción de un acto administrativo ejecutivo, que impone a los operadores deberes de hacer, no hacer o soportar y cuyo incumplimiento constituirá una infracción administrativa por incumplimiento de las resoluciones de la CMT (art. 79.15 LGT).

La determinación de la naturaleza de la relación jurídica de interconexión de redes de telecomunicaciones no es una cuestión puramente teórica. De su carácter contractual o no depende la aplicación de las normas de interpretación de los contratos, el régimen de prescripción de acciones, la jurisdicción competente o la sumisión al régimen de incumplimiento, validez y eficacia contractual del Código Civil. Por ello y aunque la naturaleza contractual del acuerdo de interconexión y su sumisión a las normas del Derecho privado es aceptada por la doctrina nacional y extranjera²⁷, así como por la CMT²⁸, considero conveniente

²⁷ Cfr. MUÑOZ MACHADO, S., *Servicio Público y Mercado II. Las telecomunicaciones*. Civitas. Madrid, 1998, pág. 236; ARPÓN DE MENDÍVIL, A., "El Régimen Jurídico de la Interconexión...", pág. 54; ALCARAZ, H., "Consideraciones sobre la interconexión para el servicio telefónico básico". *La Ley*, núm. 4469, de 30-1-1998; VÁZQUEZ LÉPINETTE, T, *La obligación*, págs 122-130). El mismo estado de unanimidad es predicable de la doctrina extranjera. V. COLIN LONG, *Telecommunications Law and Practice*. 2ª Edit. C.H. Beck'sche Verlagbuchhandlung. München, 1995, p. 189; GRAMLICH, quien observa la concurrencia de elementos de Derecho público y privado sobre los acuerdos de interconexión, afirmando que en cuanto a las partes y circunstancias concurrentes, el acuerdo de interconexión tiene naturaleza de Derecho privado, si bien sobre los contenidos propiamente civiles, resultan eficaces las condiciones impuestas por la Autoridad Reguladora ("Rechtsfragen bei Zusammenschaltungsvereinbarungen" en *Computer und Recht*, núm. 2, 1997, pgs. 65-73, en concr. p. 66); PIEPENBROCK se refiere a la aplicación del principio de libertad contractual ("Vertragsfreiheit") a los acuerdos de interconexión, si bien con distinta graduación en función de que uno de los operadores sea o no operador dominante

justificar aquí la naturaleza contractual del acuerdo de interconexión.

En las páginas siguientes, se investigará en qué medida las características propias de los contratos son predicables también del acuerdo de interconexión, a pesar de las peculiaridades en cuanto contrato que constituye una relación jurídico-privada de trascendencia pública.

B) El acuerdo de interconexión como acto. La libertad de celebrar acuerdos de interconexión.

Se ha afirmado que por el acuerdo de interconexión, dos o más operadores constituyen una relación jurídica cuyo objeto es la conexión física y funcional de las redes de telecomunicaciones, de forma que se logre la interoperabilidad de los servicios, a cambio de una contraprestación económica. Como los demás contratos, el acuerdo de interconexión existe cuando dos o más operadores consienten en obligarse a proveerse interconexión a cambio de la citada contraprestación (art. 1254 CC). Antes de la concurrencia de voluntades existirá o un deber genérico de proveer interconexión (art. 22.1 LGT) o un deber de proveer interconexión a determinado operador impuesto por un acto administrativo de la CMT (art. 22.3 LGT)²⁹. Sólo cuando los operadores de mutuo acuerdo manifiestan su voluntad de proveerse interconexión, existirá un acuerdo de

(Kommentar § 36, pág. 466, núm. 2); MÄRKL, *Netzzusammenschaltung in der Telekommunikation*, págs. 302 y 303.

²⁸ V.gr. Resoluciones de 19-11-1998, relativa a la consulta realizada por la agrupación de operadores de cable sobre la formalización de los acuerdos de interconexión (FD 2º); de 11-2-1999, relativa a la adopción de medidas cautelares en el expediente abierto en relación con la solicitud de intervención presentada por *Colt Telecom España, S.A.* en el conflicto suscitado sobre la interconexión entre la red de dicha entidad y la de *Telefónica de España, S.A.*, FD 3º; en el mismo sentido, la resolución definitiva del citado expediente de 13-5-1999; de 19-10-2000, sobre el conflicto planteado por Telefónica de España, S.A.U. para resolver el Acuerdo General de Interconexión con American Telecom, S.A. por impago de ésta última, y obtener la autorización para desconectar sus redes, en la que se declara aplicable al AGI, el art. 1544 CC y las normas del CC sobre el cumplimiento de las obligaciones (FD II.2).

²⁹ Adviértase que nada impide la celebración de un acuerdo de interconexión cuando ya exista un pronunciamiento de la Comisión. Obviamente, el Acuerdo no podrá infringir el contenido de la resolución previa, al menos en cuanto esto afecte al interés público en la interconexión y salvaguarda de la competencia. Posteriormente se profundizará sobre esta cuestión.

interconexión. Éste es el resultado de un proceso de negociación que se plasma finalmente en declaraciones concordes. La negociación puede versar sobre condiciones *ex novo* o, tratándose de un operador dominante, sobre las condiciones mínimas fijadas en su Oferta de Interconexión de Referencia.

Al considerar el acuerdo de interconexión como acto, se habrá de atender a dos estadios del mismo: la formación libre de la voluntad o consentimiento contractual y la exteriorización o declaración de voluntad. Esta segunda no presenta peculiaridades considerables. Al acuerdo de interconexión, -como al resto-, será aplicable la teoría general sobre la declaración de voluntad (reserva mental, error en la declaración, interpretación de la declaración...). Mayores problemas se suscitan al afirmar la libre formación del consentimiento contractual o voluntad de celebrar un acuerdo de interconexión. La existencia de un deber legal de proveer interconexión, cuyo cumplimiento podrá ser exigido por la CMT en caso de que las partes no cumplan de *motu proprio*, hace difícil proclamar la libertad de decisión y correlativamente, aceptar la existencia de un consentimiento contractual libremente formado³⁰.

B.1 Deber genérico de facilitar interconexión y libertad de contratar.

Se ha afirmado que “la autonomía de la voluntad en el campo contractual es, ante todo, libertad de contratación, lo que significa la libre opción del individuo entre contratar y no contratar, es decir, significa la libertad de constitución de las relaciones contractuales, [...]”³¹. Como ya se ha indicado, la libertad de contratación, entendida como libertad de decidir la conclusión o no de un acuerdo, permanece intacta en el ámbito de los acuerdos de interconexión. Sobre los operadores recae la *carga* y *no* el *deber* de negociar de buena fe y

³⁰ Afirma DIEZ-PICAZO que “el contrato es siempre tutelado como un cauce de realización de intereses, en cuanto que es una *obra libre y espontánea* de sus autores. Por consiguiente, en línea de principio, *nadie debe quedar vinculado u obligado por un contrato si su voluntad no se ha formado y manifestado libre o espontáneamente* (principio de la voluntad)” (*Fundamentos I*, pág. 155).

³¹ DIEZ PICAZO, *Fundamentos I*, pág. 128.

celebrar acuerdos de interconexión³². Pero a salvo de las exigencias derivadas del Derecho de la competencia, no existe obligación legal alguna de celebrar acuerdos de interconexión. La única consecuencia jurídica derivada de la no celebración del acuerdo es la legitimación de la intervención heterónoma de la CMT (art. 22.3 LGT)³³.

Lo que escapa a la libre voluntad de los operadores no es la decisión de contratar, sino la decisión de interconectar o no sus redes. La Ley impone en términos genéricos el deber de proveer interconexión. Los operadores obligados a proveer interconexión que no celebren acuerdos de interconexión se verán privados de las ventajas de la regulación autónoma y tendrán que soportar la regulación heterónoma de la CMT. Pero esto no elimina la libertad de contratación.

Los operadores conservan la libertad de contratar o no. Si no lo hacen, el objeto del contrato, -la interconexión física y funcional de las redes-, será impuesto por un acto administrativo y en su caso, las condiciones serán heterónomamente determinadas por el órgano administrativo que exige la interconexión. Variará la fuente de la obligación pero no el contenido de la misma: facilitar y soportar la conexión a la red propia de la red de un tercero. Obviamente, no puede calificarse esta “amenaza” de intervención heterónoma de la CMT como un supuesto de intimidación que vicia el consentimiento contractual (art. 1267.II CC)³⁴.

³² V. *supra* Cap. II, epgr. 4.2.

³³ En el epígrafe del capítulo II dedicado al acuerdo y la resolución de la CMT como fuentes inmediatas de la obligación de interconexión, expliqué que en el supuesto de que exista una resolución de la CMT en la que se imponga a los operadores el “deber” de negociar condiciones de interconexión, la libertad de no contratar subsiste parcialmente. Ello porque la negativa a contratar puede ser sancionada por el incumplimiento del deber de obediencia a las resoluciones de la CMT (art. 79.15 LGT). Ahora me refiero a los casos en los que los operadores, en ejercicio de su poder de autodeterminación, deciden ejecutar el deber abstracto de interconexión a través de un acuerdo de interconexión, sin intervención previa de la CMT.

³⁴ La intervención de la CMT no puede calificarse como “mal inminente y grave” que sufrirá el patrimonio del operador en caso de no celebrar el acuerdo. Pero aun entendiendo que así fuera, la exigencia jurisprudencial de que tal mal sea contrario a Derecho excluiría también la aplicación de la intimidación como vicio del consentimiento contractual.

Así, la libertad proclamada por el artículo 22.2 LGT ha de entenderse referida no a la decisión de interconectar, decisión que se sustrae a la voluntad de los contratantes, sino a la decisión de celebrar un acuerdo de interconexión y de reglamentar autónomamente el contenido de la relación jurídica derivada del cumplimiento por los operadores del deber de interconectar sus redes³⁵.

B.2. Actualización del deber genérico de facilitar interconexión por una resolución de la CMT y libertad de contratar.

También cuando medie la intervención de la CMT exigiendo “que se haga efectiva la interconexión” *ex* artículo 22.3 LGT, es posible afirmar el carácter contractual de la relación. En principio, la intervención se reducirá a exigir la interconexión física y funcional, siendo las partes quienes en ejercicio de su poder de autodeterminación disciplinarán el contenido de la relación. La resolución de la CMT en la que se exige que se haga efectiva la interconexión no constituye una suplantación de la voluntad del operador u operadores que no alcanzan el acuerdo de interconexión y no interconectan sus redes. Se trata de un acto administrativo que obliga a sus destinatarios (operadores de redes y servicios de telecomunicaciones) a cumplir el deber genérico impuesto por el artículo 22.1 LGT. Para cumplir tal deber, las partes podrán formalizar un acuerdo de interconexión y reglamentar autónomamente su relación o en su defecto, soportar la reglamentación heterónoma de la CMT.

³⁵ Sobre esta forma de aplicación del principio de autonomía de la voluntad, es ilustrativa la redacción del artículo 5.1 del Reglamento de Interconexión argentino, aprobado por la Resolución del Secretario de Comunicaciones n°49/91, de 17 de enero de 1997: “Los prestadores de servicios de telecomunicaciones *estarán en libertad de convenir los precios, términos y condiciones de interconexión* de acuerdo a las pautas aquí establecidas”. El precepto pone de manifiesto que la libertad de las partes no lo es para interconectar sus redes, sino para establecer las condiciones en las que ésta se realiza, con sumisión a las normas establecidas por el propio Reglamento. La doctrina alemana hace hincapié sobre la primacía de la libertad contractual de las partes en los acuerdos de interconexión: “Die Vertrags(gestaltungs)freiheit ist auch im Hinblick auf den Inhalt einer Zusammenschaltungsvereinbarung die Regel, sowohl bei Zusammenschaltungsleistungen als auch Gegenleistungen (Zusammenschaltungsentgelte)” (GRAMLICH, L., “Rechtsfragen bei Zusammenschaltungsvereinbarungen”, *Computer und Recht* 2/1997, pgs. 65-73, en concreto pg. 68.

Si los operadores optan por formalizar un acuerdo de interconexión, también se puede afirmar el carácter contractual de la relación. El consentimiento sobre el objeto del contrato y las condiciones en las que las prestaciones integrantes del mismo se ejecutan son fruto del ejercicio del poder de autodeterminación de los operadores. El acto administrativo en el que se obliga a interconectar “incentiva” (no sustituye) la voluntad negocial de las partes en orden a la celebración del acuerdo de interconexión. La resolución de la CMT actúa “psicológicamente” sobre el operador u operadores reticentes a la interconexión, pero no sobre la declaración de voluntad contractual, ni tampoco sobre la concurrencia de voluntades³⁶. Tal “impulso psicológico” no puede ser calificado como intimidación que vicia el consentimiento contractual.

La relación creada por el acuerdo se desvincula del acto administrativo en el que se exige la interconexión efectiva. A este acuerdo es de aplicación el régimen general en materia de capacidad contractual, vicios de la voluntad, eficacia, interpretación del contrato, cumplimiento e incumplimiento contractual..., etc. A su vez, los defectos o vicios del acto administrativo en el que se obliga a los operadores a interconectar, -aun cuando sean susceptibles de producir la nulidad del acto administrativo-, no determinarán la nulidad del acuerdo que, en su caso, hubieran celebrado las partes por falta de causa (art. 1275 CC).

Tampoco se elimina la autonomía negociadora en los casos en los que la CMT no sólo exige la interconexión efectiva, sino que además establece las condiciones en las que ésta se debe llevar a cabo. La resolución emitida por la CMT no sustituye a la voluntad de las partes. Solamente regula la relación de interconexión en tanto las partes no lo hagan autónomamente. La propia Comisión ha declarado que la resolución en la que se exige a las partes la interconexión de

³⁶ Afirma DIEZ PICAZO: “Sólo cuando el contrato ha sido voluntariamente realizado recibe la plena tutela jurídica. Sin voluntad no hay contrato.[...]. La voluntad es un hecho psicológico, puramente interno del hombre y, como tal, carece de trascendencia y relevancia jurídica, mientras no ha sido exteriorizada, mientras no ha sido expresada (declaración de voluntad), pero en este caso el centro de gravedad se traslada de la voluntad, de lo querido, del interno querer, a lo expresado, a lo declarado” (*Fundamentos I*, pág. 329)

sus redes no impide que éstas alcancen posteriormente un acuerdo de interconexión, siempre que no se interrumpa la interconexión efectiva³⁷.

La resolución de la CMT en la que se obliga a interconectar contiene un acto administrativo de eficacia interprivada que obliga a las partes a interconectar sus redes, pero no impone *un contrato privado forzoso*³⁸. Lo que distingue este modo de proceder del *modus operandi* de los contratos forzosos es que la CMT no podrá por sí misma otorgar el acuerdo de interconexión y suplantar la voluntad del operador u operadores que se niegan a interconectar³⁹. Los operadores pueden cumplir el deber impuesto por el acto administrativo en las condiciones por ellos mismos acordadas o en las condiciones fijadas por la CMT. Si optan por lo primero, estarán formalizando un acuerdo de interconexión en ejercicio de su autonomía de la voluntad. Si optan por lo segundo, estarán cumpliendo un acto administrativo, al que no son aplicables las reglas de validez, eficacia e

³⁷ En la Resolución de la CMT de 13-5-1999, *Colt Telecom España, S.A.- Telefónica de España, S.A.* se observan con claridad los distintos niveles de intervención de la CMT: “...ya no cabe hablar de Acuerdo de Interconexión sino de Resolución de esta Comisión mediante la que se obliga a las partes a establecer la interconexión efectiva entre sus redes en un plazo dado y en unas determinadas condiciones. Esto *no impedirá* el que, una vez dictada la resolución y llevada a cabo la interconexión efectiva que se dicte, *ambas partes puedan llegar a alcanzar un Acuerdo General de Interconexión* que, en todo caso, deberán comunicar a esta Comisión para comprobar su adecuación a la normativa vigente, y *manteniendo interconectadas en todo momento y sin solución de continuidad ambas redes*”(apdo. II). Lo que para las partes es inmodificable y por ello, pierde su condición de “acuerdo” celebrado en ejercicio de la autonomía de la voluntad contractual es la decisión de interconectar las redes (“no cabe hablar de Acuerdo de Interconexión sino de Resolución de esta Comisión”). Sin embargo las condiciones en las que esta interconexión se efectúa sí tienen, al menos potencialmente, carácter contractual, “ambas partes pueden llegar a alcanzar un Acuerdo General de Interconexión”, que según la regla general de los acuerdos de interconexión prevista en los artículos 22.6 LGT y 2.7 RIN, habrá de ser comunicado a la CMT. El proceso de negociación de nuevas condiciones o de modificación de las condiciones fijadas en la Resolución de la CMT no conllevará la suspensión de la interconexión de las redes exigida por la CMT, éstas se mantendrán interconectadas “en todo momento y sin solución de continuidad[...].”

³⁸ Sobre esta categoría v. DIEZ PICAZO, *Fundamentos I*, pág. 133 y el estudio del mismo autor, “Los llamados contratos forzosos”, *ADC*, 1956, págs. 85-118.

³⁹ En el sistema de arrendamientos forzosos establecido por el Decreto de 3 de octubre de 1947, conforme al cual el Gobernado Civil de la provincia podía ordenar al propietario de una vivienda, que susceptible de ser ocupada no lo fuera, el arrendamiento de la misma y si el propietario no cumpliera tal requerimiento, el propio Gobernador podría por sí mismo otorgar el “contrato”, disponiendo la ocupación de la vivienda por el correspondiente inquilino; algo similar se produce en el juicio ejecutivo, en el cual si el deudor se niega a otorgar escritura de venta en favor del rematante, el juez la otorgará de oficio (art. 1514 de la antigua LEC y 703.1 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil).

interpretación de los contratos, y cuyo cumplimiento (específico o por equivalente) no será impuesto por el juez civil, sino por la Administración (ejecución forzosa de actos administrativos)⁴⁰. Pero lo que en ningún caso se produce es la suplantación de la voluntad contractual de los operadores por la voluntad de la CMT.

Ello por un hecho obvio. Y es que sin perjuicio de la imposición de una sanción por incumplimiento del deber de obediencia a las resoluciones de la CMT (art. 79.15 LGT), no es posible la ejecución forzosa administrativa de un acto cuyo contenido es la celebración por los particulares de un contrato.

B.3. *Influencia del deber de facilitar interconexión en la formación del consentimiento contractual.*

Ciertamente hablar de consentimiento *libremente formado* sobre el objeto y la causa del contrato puede resultar paradójico tanto en el caso en el que ya exista una resolución de la CMT que exija la interconexión efectiva, como cuando los operadores decidan de *motu proprio* cumplir el deber legal de proveer interconexión. Cuando menos habrá que aceptar que si formalmente la libertad de contratación se mantiene (no se impone una obligación legal de contratar), materialmente, tal libertad aparece desvirtuada.

No obstante, ello no implica la negación de la libertad de contratación⁴¹. No puede aplicarse aquí el criterio mantenido por algunos sectores de la doctrina al valorar la adhesión del consumidor al contrato con condiciones generales⁴². Según tal criterio, la libertad que está en la base de la autonomía contractual no

⁴⁰ V. Cap. IV, 3.4, F).

⁴¹ En el ámbito de la contratación bajo condiciones generales, la doctrina ha insistido en que esa falta de libertad, -con ser importante, por constituir el fundamento de la autonomía de la contratación-, es irrelevante jurídicamente como causa de impugnación de tales condiciones. Sobre esto vid. DE CASTRO, "Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes", *ADC*, 1961, págs. 295-341, conr. pág. 322; como libro, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las Leyes*. 2ª Edic. Civitas. Madrid, 1985, pág. 60. En el mismo sentido, POLO, A, "Comentarios a la STS de 27-2-1942", *RDP*, 1942, págs. 708 y ss, conr. págs. 714-715; GARCÍA AMIGO, *Condiciones generales de los contratos*. Madrid, 1969, pág. 92-93.

⁴² Vid DE CASTRO, *Las condiciones generales*, 1985, pág. 60 donde cita a autores como MESSINEO O CARIOTA FERRARA, que han defendido el criterio al que se refiere el texto.

existe cuando el comprador acepta las cláusulas generales para obtener lo que necesita, obligado a ello por una situación de monopolio de hecho o de Derecho. En el ámbito de la interconexión, los operadores “necesitan” la interconexión: la necesitan físicamente para garantizar la interoperabilidad de los servicios que ofrecen y la necesitan jurídicamente para no sufrir la imposición heterónoma de la CMT o existiendo ya ésta, para eludir la imposición de una sanción. Esa “necesidad” ni obliga a contratar, ni vicia el consentimiento contractual.

Para el caso en el que uno solo de los contratantes predisponga el contenido contractual y al otro no le quede más opción que contratar en tales condiciones o no hacerlo bajo ninguna, afirma FLUME: “por el consentimiento del otro la reglamentación se convierte en una reglamentación convenida. Aunque uno de los contratantes esté obligado de hecho a consentir, aunque las condiciones contractuales le sean en gran medida contrarias pero tenga que conformarse con la prestación del otro contratante, y en cierta medida sólo entre en el contrato ‘a regañadientes’, nace una reglamentación convenida, un contrato”⁴³. La misma argumentación es extrapolable al caso en el que ambos operadores, -que se encuentran genéricamente obligados a proveer interconexión-, acuerdan la celebración de un acuerdo de interconexión. Quizá si no existiera el citado deber, tampoco hubieran formalizado el acuerdo. Puede que el propósito que les haya movido a contratar no sea el de satisfacer sus propios intereses en la interconexión, sino únicamente cumplir el deber legal y evitar la intervención heterónoma de la CMT. En cualquier caso, los operadores estarán celebrando un acuerdo de interconexión. Si formalizan un acuerdo de interconexión, éste será producto de su autonomía. Los operadores contratantes emiten de común acuerdo un consentimiento sobre el objeto y la causa del contrato (art. 1254 CC).

⁴³ *El negocio*, pág. 714. Sobre esta argumentación aclara ALFARO: “Se comprende también [...], por qué son -en general- válidos los consentimientos otorgados ‘a regañadientes’ o ‘por resignación’. Precisamente porque [...] el grado de autodeterminación garantizado por el Derecho viene delimitado por el mercado: ‘el que no quiere aceptar la celebración de un contrato en esas condiciones (las de mercado) debe renunciar al mismo. El hecho de que el interesado no quiera tampoco renunciar, sino conseguir condiciones más favorables que las que ofrece el mercado es visto por el ordenamiento como no merecedor de protección, como un fenómeno que puede designarse como mera voluntad o deseo’”(Las condiciones..., 1991, pág. 65; la cita literal que reproduce el autor es de HÖNN, G., *Kompensation gestörter Vertragsparität*. Munich, 1982, pág. 117).

Consienten y acuerdan la conexión física y funcional de sus redes (contrato como acto) y reglamentan esa relación (contrato como regla).

El acuerdo de interconexión es sólo uno de los medios para satisfacer la necesidad de interconexión. Pero no el único. Los operadores disponen de otras alternativas razonables. Por un lado, dentro de la opción contractual y sin perjuicio de la interconexión con el operador dominante, -que es económica y sociológicamente imprescindible-, los operadores pueden elegir el operador u operadores con quien celebran acuerdos de interconexión. Ello es así porque existe, al menos legalmente, un mercado en competencia en el que concurren varios agentes en igualdad de condiciones. Por otra parte, el otro medio viable de alcanzar la interconexión es la imposición a través de un acto administrativo⁴⁴.

Además, como ya he afirmado, la “coacción” -legal o administrativa- que pueda motivar la celebración del acuerdo no puede ser calificada como uno de los vicios de la voluntad enumerados por la ley. En ningún caso podrá hablarse de intimidación como vicio del consentimiento contractual.

⁴⁴ Como criterio para determinar cuando un sujeto ha actuado autodeterminándose al aceptar un contrato propone ALFARO el de comprobar si actuó voluntariamente en un marco de mercado: “La celebración voluntaria del intercambio debe calificarse como un acto de autodeterminación en cuanto que el que celebra el contrato tenía otras alternativas a su disposición y optó por una determinada. Resumiendo [...] puede afirmarse que un contrato se ha celebrado en un acto de libre determinación cuando el sujeto celebra voluntariamente el contrato y siempre que le cupiera como alternativa razonablemente disponible la renuncia a contratar” (*Las condiciones*, 1991, págs. 64 y 65). Reproduciendo el criterio de WOLF, el autor considera que para determinar cuándo la renuncia a contratar es una alternativa razonable se ha de realizar una “valoración de los intereses”. Según el citado criterio, “la renuncia a contratar es razonable cuando la misma y sus consecuencias representan un interés menos o igualmente valioso que la aceptación de las condiciones impuestas por la otra parte pero no es razonable cuando las consecuencias tienen un valor superior a lo que supone aceptar las condiciones” (ibidem, nota 98). Aplicado este criterio al acuerdo de interconexión, la renuncia a celebrar el acuerdo es una alternativa razonable. Ésta y sus consecuencias tienen para el operador un valor al menos igual que el que supone celebrar el acuerdo. Objetivamente, la renuncia a contratar no puede ser para el operador más valiosa que la celebración del acuerdo. Ello porque la celebración del acuerdo y la renuncia al mismo tienen potencialmente el mismo resultado: la interconexión física y funcional de las redes. Variará la fuente de la obligación (la autonomía de las partes o imposición heterónoma de la CMT), pero no el objeto de la misma.

C) *El acuerdo de interconexión como regla. La libertad de reglamentar autónomamente la relación de interconexión.*

C.1. *Elementos que integran la lex contractus.*

Ya he indicado que la libertad proclamada por el artículo 22.2 LGT ha de entenderse referida no a la decisión de interconectar, sino a la de reglamentar contractualmente la relación jurídica de interconexión. La LGT impone un deber genérico de facilitar interconexión y los operadores, por autonomía de su voluntad, deciden cumplir ese deber celebrando un acuerdo de interconexión. El acuerdo de interconexión es la regla de conducta (*lex contractus*), que las partes de mutuo acuerdo y en ejercicio de su autonomía bilateral han creado para reglamentar la relación de interconexión de sus respectivas redes⁴⁵.

Los derechos y deberes nacidos del acuerdo de interconexión están principalmente determinados por la voluntad autónoma de los operadores. Pero ello no excluye la integración de la autonomía privada con elementos extraños a la misma. La *lex contractus* que gobierna la conducta de las partes vinculadas por el acuerdo es producto de un conjunto de normas emanadas de la voluntad privada y de la voluntad estatal⁴⁶. Como en los demás contratos, las partes de un acuerdo de interconexión también encuentran limitada su libertad de introducir los pactos que tengan por conveniente (art. 1255 CC) y por el acuerdo quedan obligados no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (art. 1258 CC).

⁴⁵ Como es sabido, el principio de *autonomía bilateral* significa que el contrato implica no sólo ausencia de interferencia estatal o de terceros sino también ausencia de imposición de la voluntad de una de las partes sobre la otra (vid. ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales*, pág. 59).

⁴⁶ Las palabras de LACRUZ respecto al contrato en general, son también predicables del acuerdo de interconexión. Afirmo el eminente profesor que “el contrato no es, en su aspecto efectual, el mero acuerdo de voluntades de personas que describe, en cuanto acto creador de obligaciones, el artículo 1254, sino el complejo de normas de diversas procedencias que van a regular la conducta de las partes vinculadas por aquel acuerdo. La integración trata de completar, no las palabras de los contratantes, sino el conjunto mixto de *lex privata* y *lex publica* por el que se gobierna cada contrato singular” (*Elementos II*, 1994, pág. 529).

Al hablar de “ley” en el marco de los artículos 1255 y 1258 CC y en relación al acuerdo de interconexión lo haré en un sentido amplio, comprensivo no sólo de la ley formal, sino también de las normas generales que regulan o limitan el contenido contractual (cfr. art. 22, apdos. 2 y 7 LGT), así como de los actos administrativos de la CMT que por habilitación legal expresa (arts. 22.2.II y 22.3 LGT) regulan la relación de interconexión. Gracias a tales reglas emanadas de la voluntad estatal (“ley”), la regulación contractual resulta portadora no sólo del interés de los contratantes, sino de otro cualitativamente diverso, de la *res publica*⁴⁷. Si esto es cierto para cualquier contrato, lo es especialmente para el acuerdo de interconexión, que constituye una relación jurídico-privada de trascendencia pública. Este acuerdo sirve no sólo para satisfacer el interés privado de los operadores, sino también para tutelar el interés público en la implantación de la competencia en el mercado de las telecomunicaciones y en la interoperabilidad de los servicios (cfr. arts. 22.2 y 22.3 LGT).

Dentro de los elementos ajenos a la autonomía privada que configuran la reglamentación contractual, habrá que distinguir aquellos que integran la relación contractual en defecto de previsión expresa de las partes (lagunas de *lex privata*) de aquellos que heterointegran la relación contractual aunque no existan lagunas contractuales e incluso aunque las partes hayan previsto una reglamentación distinta (normas de *ius cogens*)⁴⁸. Éstos actúan como límites al poder de autodeterminación de los operadores.

Las reglas que configuran la *lex contractus* en los acuerdos de interconexión son de los tres tipos que a continuación se exponen.

⁴⁷ LACRUZ, *Elementos II*, 1994, págs. 530 y 532.

⁴⁸ Sobre los conceptos de integración, autointegración y heterointegración víd. LACRUZ, *Elementos II*, 1994, págs. 528-534.

a) *Reglas procedentes de la autonomía de la voluntad de los operadores.*

El ordenamiento reconoce eficacia al poder de autodeterminación de los operadores para la regulación de sus relaciones de interconexión (art. 22.2 LGT). Obviamente, este poder no es ilimitado. Los operadores podrán establecer los pactos, cláusulas y condiciones que estimen convenientes, siempre que no sean contrarios a la ley, la moral o el orden público (art. 1255 CC).

b) *Los principios de interconexión. En particular, el principio de no discriminación.*

A pesar de que el RIN exige como contenido mínimo y necesario del acuerdo de interconexión “los principios generales aplicables” a la interconexión, éstos más que elementos de la reglamentación contractual, son normas de *ius cogens* que limitan la autonomía privada al configurar esa reglamentación [v.infra c)]. Serán de aplicación a la relación de interconexión aunque los operadores no se pronuncien sobre los mismos o incluso aunque los ignoren o los rechacen. Estos principios vienen estipulados por la propia Ley: todos los obligados a proveer interconexión -según el artículo 22.4 LGT- y sólo los operadores declarados dominantes -según el artículo 9.1 RIN- están obligados a facilitar la interconexión en condiciones no discriminatorias, transparentes, proporcionales y fundadas en criterios objetivos⁴⁹.

Los principios de no discriminación, transparencia, proporcionalidad y objetividad forman parte de lo que arriba se ha denominado “orden público económico” en el ámbito de la interconexión. Se orientan a la implantación de un régimen de libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones y la consecución de un sistema de telecomunicaciones desarrollado. Son criterios

⁴⁹ Sobre los principios de interconexión véase CARRASCO Y MENDOZA, “Interconexión...”, págs. 468-470; la Resolución de la CMT de 20-7-2000, sobre conflicto de interconexión entre *Airtel* y *RSLCom* por la firma del acuerdo general de interconexión contiene una explicación de estos principios y su aplicación en relación con las condiciones de interconexión.

básicos con arreglo a los cuales ha de ser interpretada y aplicada cualquier reglamentación -contractual o administrativa- de la relación de interconexión.

Desde la perspectiva de las restricciones de la libertad contractual, merece especial mención el principio de no discriminación. Éste limita el poder de configuración de las relaciones comerciales entre los operadores. Su aplicación práctica plantea numerosas dificultades.

Se acepta unánimemente que el principio de no discriminación limita la autonomía privada⁵⁰. En relación a la negociación y celebración de acuerdos de interconexión, la presencia de este límite alcanza una significación especial. Naturalmente, la razón de ello es la influencia decisiva de la interconexión en la introducción de la competencia en el mercado de las telecomunicaciones.

La LGT establece con carácter general la sumisión al principio de no discriminación de todos los operadores que presten servicios de telecomunicaciones (art. 6). En el ámbito de la interconexión esta obligación general se contiene en el artículo 22.4, que se remite al Reglamento para que éste determine las condiciones en las que la CMT pueda eximir de esta obligación a determinados operadores (art. 22.7). Sin embargo, el RIN limita el alcance universal de este principio. Según él, sólo es aplicable a los operadores dominantes (art. 9.1) y no contempla las condiciones en las que la CMT puede limitar o reducir el alcance de esta obligación según la naturaleza del operador.

Cabe entender que la competencia delegada en la CMT por el artículo 22.7 LGT ha sido ejercida en el art. 9.1 RIN y que *los operadores no dominantes no están sometidos al principio de no discriminación contemplado en la legislación sectorial*⁵¹. Por tanto, pueden celebrar acuerdos de interconexión en condiciones

⁵⁰ STC 241/1988, de 13 de enero de 1989, vid. BERCOVITZ, “Principio de igualdad y Derecho privado”, *ADC*, 1990, Tomo XLIII, págs. 369-427, pág. 424.

⁵¹ *Aparentemente* en contra de esta afirmación, la CMT declara aplicables los principios del artículo 22.4 a todos los operadores. Respecto al principio de no discriminación, manifiesta que los operadores no declarados dominantes están obligados a no discriminar entre los terceros a los que prestan el servicio de interconexión. En su resolución de 20-7-2000, sobre conflicto de

distintas, siempre que no incurran en discriminaciones contrarias al orden público constitucional⁵², esto es, que no incidan en las discriminaciones prohibidas por el artículo 14 CE⁵³.

Que los operadores no dominantes no estén sometidos a una prohibición de discriminación distinta a la general del artículo 14 CE, significa que pueden conceder un trato desigual cuando éste no sobrepase el límite marcado por el *principio de razonabilidad*, conforme al cual, no se pueden introducir desigualdades que no respondan a causas objetivas y razonablemente justificadas⁵⁴. Dicho de otro modo, significa que éstos *no están obligados a proveer interconexión en idénticas condiciones a todos los operadores solicitantes de la misma*⁵⁵. La autonomía de la voluntad es un factor que, en las

interconexión entre *Airtel* y *RSLCOM* por la firma del Acuerdo General de Interconexión, la CMT exige la aplicación de tales principios a la interconexión proporcionada por *RSLCom*, quien no es operador dominante (apdo. II, pág. 8) y afirma que “Reiteradamente [ha señalado] que los principios generales aplicables, traídos de la legislación comunitaria y *aplicados en la Ley española a la generalidad de los operadores* con derechos y obligaciones de interconexión son los de no discriminación, transparencia, proporcionalidad y objetividad” (apdo. II, pág. 9, el texto entre corchetes y el subrayado es mío).

Considero que esta posición de la CMT es sólo “aparentemente” contraria a lo afirmado en el texto, porque de sus explicaciones no se concluye que los operadores no dominantes estén sometidos a una prohibición de discriminación distinta a la general del artículo 14 CE.

⁵² STC 108/1989, de 8 de junio.

⁵³ Cfr. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., “Principio de igualdad...”, págs. 414, 424 y 425.

⁵⁴ Cfr. CARRASCO PERERA, A., “El principio de no discriminación por razón de sexo”, *Rev. Jdca. de Castilla-La Mancha*, 11 y 12, págs. 9-38, concr. págs. 24-27.

⁵⁵ Ciertamente, carecería de sentido exigir a un operador no dominante condiciones equivalentes de interconexión para cualesquiera terceros. Ello no promueve la competencia y excedería de las exigencias propias de la liberalización del sector de las telecomunicaciones. Cfr. resoluciones CMT de 27-1-2000, relativa a la modificación del Acuerdo General de Interconexión suscrito en fecha 12 de abril de 1999 entre *Telefónica de España, S.A.U* y *Jazz Telecom, S.A* y la de 6-4-2000, por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto por *Telefónica de España, S.A.U.* contra la anterior resolución. En la resolución recurrida, la CMT exige la modificación de una cláusula del AGI en la que las partes se obligaban a modificar el Acuerdo, siempre que *Jazztel* concediera la interconexión en condiciones más favorables a terceros operadores. Literalmente, la cláusula establecía que “el presente Acuerdo se revisará, a petición escrita de *Telefónica de España* dirigida a *Jazztel*, siempre que *Jazztel* ofrezca en cualquier acuerdo de interconexión que pueda alcanzar con terceros operadores, mejores condicines de precios de interconexión que las establecidas en este Acuerdo. En tal supuesto, *Jazztel* se obliga a ofrecer a *Telefónica de España* condiciones, al menos, idénticas a las mejores que haya acordado, para cada servicio concreto, con el tercer operador beneficiado. La revisión que tenga lugar, en su caso, por aplicación de esta cláusula, será efectiva desde el momento mismo en que lo sea para el tercer operador beneficiado”.

relaciones interprivados, justifica un tratamiento objetivamente desigual a supuestos objetivamente iguales, siempre que este tratamiento diferenciado se funde en causas razonables⁵⁶. Entre las causas razonables que justifican el trato diferenciado se incluye la pertenencia a un mismo grupo de empresas.

Respecto a los *operadores dominantes*, la situación es distinta. La legislación sectorial somete expresamente su comportamiento al principio de no discriminación (art. 9.1 RIN). *Su obligación de no discriminar alcanza una extensión superior a la del resto de los operadores.*

A diferencia de los otros principios de interconexión (objetividad, transparencia y proporcionalidad), el principio de no discriminación aplicado al operador dominante es objeto de interpretación auténtica. Según el artículo 9.1.I RIN, este principio supone que “*las condiciones técnicas y económicas en las que los operadores dominantes proporcionen los servicios de interconexión a sus propios servicios o a los de sus filiales o asociadas, en particular las relativas a la calidad de los servicios, los plazos de entrega y las condiciones de suministro, deberán ser ofrecidas a los restantes operadores.* Además, las condiciones para sus servicios o de los acuerdos de interconexión que celebren con sus empresas filiales o asociadas, deberán recoger todas y cada una de las condiciones técnicas y económicas que se apliquen”. Más que prohibir un trato discriminatorio, lo que hace la norma es imponer una *obligación de trato igualitario*.

Llevado a su extremo, el art. 9.1 RIN supone que la autonomía negociadora del operador dominante se agota en la formalización de un solo acuerdo de interconexión con los operadores de cada uno de los tipos (titulares

⁵⁶ En relación al Derecho del Trabajo, el TC ha afirmado que el principio de igualdad, que también rige en las relaciones entre particulares encuentra “una matización importante” (STC 59/1982, de 28 de julio) derivada del principio de autonomía de la voluntad que, “si bien aparece fuertemente limitado en el Derecho del Trabajo, por virtud entre otros factores, precisamente del principio de igualdad, no desaparece, dejando un margen en que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario en ejercicio de sus poderes de organización de la Empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador respetando los mínimos legales o convencionales” (STC 34/1984, de 9 de marzo); vid BERCOVITZ, “Principio de igualdad...”, pág. 414; CARRASCO PERERA, “El principio de no discriminación...”, pág. 25.

Licencias A,B,C). No creo que haya sido ésta la intención del legislador⁵⁷. Tal afirmación supone una petrificación del tráfico contractual y no contribuye a lograr el objetivo prioritario de toda la regulación, que es la implantación de la competencia en el sector de las telecomunicaciones y el desarrollo de nuevas redes y servicios. Obviamente, lo que prohíbe el legislador no es, -ni puede ser-, todo tratamiento diferenciador, sino sólo aquéllos que sean discriminatorios. Aquéllos en los que la diferencia carezca de justificación objetiva (vgr. distintos títulos habilitantes, características de la red o de los servicios, distintos costes...etc) y obedezca a razones meramente discrecionales o arbitrarias. El tratamiento desigual prohibido por el principio de no discriminación es sólo aquel que perjudica la competencia en el mercado o impide la interoperabilidad de los servicios⁵⁸.

Si no se prohíbe el tratamiento “desigual”, sino el tratamiento “discriminatorio”, el problema se traslada a decidir qué causas justifican la diferencia conforme al principio de razonabilidad.

Se ha visto ya que en la contratación entre operadores no dominantes, la autonomía privada es causa justificativa de la diferencia siempre que ésta no vulnere el art. 14 CE y sea razonable. Pero para los operadores dominantes se

⁵⁷ En la Resolución de 27-1-2000, expdte. AJ 2000/2154, *Telefónica-Jazztel*, la CMT exige que se suprima del AGI celebrado entre las dos entidades una cláusula del siguiente tenor: “*Telefónica y Jazztel* se obligan a no ofrecer a otro operador por un servicio equivalente un precio más favorable que el contemplado para ese servicio en ese anexo”. Tal cláusula contiene una interpretación estricta del principio de no discriminación: el precio previsto en el acuerdo para determinado servicio no podrá ser mejorado en acuerdos posteriores y para el mismo servicio. Al exigir su supresión, la CMT admite implícitamente la posibilidad de conceder condiciones más favorables a futuros contratantes por los mismos servicios. Por tanto, ha de rechazarse una interpretación estricta del principio de no discriminación.

⁵⁸ Cfr. CARRASCO PERERA, A., quien afirma que “El mero hecho de la desigualdad no produce discriminación prohibida. La igualdad es entre particulares un valor *neutral*, y sólo podrá limitar la autonomía individual cuando la desigualación constituya un *medio instrumental* para atentar a valores o derechos *sustanciales*”(“Artículo 6.3 CC” en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por ALBADALEJO y DÍAZ ALABART, S., EDERSA. págs. 769-842, concr. pág. 778.). Aplicado al ámbito de la interconexión, supone que las cláusulas contractuales que contengan un trato desigual sólo carecerán de validez si mediante las mismas se lesionen valores sustanciales en el mercado. Tales valores son la competencia y la intoperabilidad de los servicios.

exige un *plus*. Y es que conforme a la norma (art. 9.1 RIN) no es causa que justifica la diferencia la pertenencia al mismo grupo empresarial.

La obligación del operador dominante de no discriminar implica que éste ha de aplicar a la interconexión con terceros operadores, al menos, las mismas condiciones que aplica a sus filiales o asociadas, siempre que éstas coincidan o mejoren las condiciones de la OIR⁵⁹. Por expresa disposición normativa, la pertenencia al mismo grupo empresarial no es una causa razonable justificante de un tratamiento diferenciado (art. 9.1 RIN). En respuesta a la cuestión inicialmente planteada, el término de referencia es el trato interno concedido a sus propios servicios, filiales o asociados⁶⁰.

Cabe todavía cuestionarse si el mayor rigor con el que se impone al operador dominante la prohibición de discriminación alcanza también a sus relaciones contractuales con otros operadores ajenos a su grupo empresarial.

Alguna luz sobre esto puede arrojar la obligación impuesta a la CMT de poner a disposición de terceros los acuerdos de interconexión, celebrados por los operadores dominantes (art. 2.8 RIN)⁶¹. Esta obligación de poner a disposición de terceros los acuerdos de interconexión es instrumental del principio de no discriminación y se impone respecto a todos los acuerdos en los que sea parte un operador dominante⁶². No se distingue si tales acuerdos han sido celebrados con operadores filiales o vinculados al dominante o con cualquier otro operador. De ello parece deducirse que la obligación de igual trato es predicable respecto a

⁵⁹ Naturalmente, en el hipotético e improbable caso de que una filial del operador dominante renunciara a la interconexión en condiciones OIR y acordara la interconexión en peores condiciones que las contempladas en la OIR, el término de referencia no sería el acuerdo sino la OIR.

⁶⁰ Cfr. res. CMT de 20-7-2000, *Airtel-RSLCOM*, apdos. II.1 *in fine* y II.4.

⁶¹ Ya he señalado (*supra* 1) que esta posibilidad de terceros de acceder a los acuerdos de interconexión es especialmente útil en relación a la conclusión de acuerdos con operadores declarados dominantes en el mercado de la telefonía móvil, pues éstos no están obligados a publicar una OIR (cfr. art. 10 RIN).

⁶² Vid. res. CMT de 22-10-1998, sobre la puesta a disposición de *RSL Communications Spain, S.A.* de los acuerdos de interconexión suscritos entre *Telefónica, S.A.* y otros operadores que se encuentren depositados en la CMT (FD 1º).

cualquier operador y no sólo en relación a las empresas vinculadas al operador dominante.

Tal conclusión equivale a ignorar la autonomía de la voluntad del operador dominante.

Llevada al extremo, supone que la autonomía privada del operador dominante se agota con la celebración del primer acuerdo de interconexión: celebrado un acuerdo con determinado operador -sea o no filial del operador dominante- y cuyo contenido coincida, mejore o se aparte de la OIR, todos los demás acuerdos de interconexión han de reproducir miméticamente el primero, de modo que cualquier modificación puede ser considerada como un trato discriminatorio. En estas condiciones, todo operador podría exigir al operador dominante la obtención de interconexión en las mismas condiciones concedidas a terceros e interpretar la negativa del operador como un comportamiento discriminatorio.

A todas luces, esta conclusión excede de la *ratio* de la norma. Lo que la norma pretende es evitar que el comportamiento del operador dominante consistente en conceder un tratamiento diferenciado a los operadores solicitantes de interconexión distorsione o impida la competencia en el mercado. No existen ningún precepto, ni general, ni sectorial, que prohíba al operador dominante actuar autónomamente, siempre que su actuar autónomo no vulnere los límites impuestos por la ley (normas de competencia y normas sectoriales), la moral y el orden público (art. 1255 CC). También respecto a los operadores dominantes, la autonomía privada ha de actuar como un límite al principio de no discriminación, si bien su fuerza limitativa será de menor intensidad que para el resto de los operadores⁶³.

En principio, superado el doble límite del orden público constitucional (art. 14 CE) y del tratamiento concedido a otros operadores pertenecientes al mismo grupo empresarial (art. 9.1 RIN), *no cabe rechazar de pleno cualquier tratamiento diferente concedido a terceros operadores. La autonomía privada de los operadores limita la prohibición de trato diferenciado y es una causa*

⁶³ Cfr. BERCOVITZ, “Principio de igualdad...”, pág. 425.

*razonable que justifica la diferencia*⁶⁴.

Desde esta perspectiva, el operador dominante puede, sin incurrir en discriminación, aplicar distintas condiciones de interconexión a los operadores solicitantes, siempre que estos no sean filiales o asociados.

Por ejemplo, *Airtel Móvil* (operador declarado dominante en el mercado nacional de interconexión) que presta interconexión de acceso a su filial fija al precio de 19 pts/minuto en horario reducido, está obligada a proveer interconexión a cualquier otro operador de telefonía fija al mismo precio; pero si -por cualquier razón- decide ofrecer interconexión a alguno de ellos al precio de 18 pts/minuto en el mismo horario, este comportamiento pertenece a su autonomía privada y no es discriminatorio⁶⁵.

Los demás operadores no beneficiados por la condición más favorable no pueden hacer valer su derecho a un tratamiento igualitario (v.gr. no podrían solicitar una modificación de sus acuerdos, salvo que esta circunstancia se prevea expresamente en el contrato). Los nuevos operadores que celebren acuerdos de interconexión no tienen ninguna expectativa protegible a obtener interconexión en las condiciones más favorables en las que el operador lo concede a terceros no filiales.

Sin embargo, el ejercicio por el operador dominante de su autonomía privada encuentra un nuevo límite en las normas de competencia. La Ley de Defensa de la Competencia prohíbe el abuso de posición de dominio consistente en “la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en

⁶⁴ La resolución CMT de 27-1-2000, *Telefónica-Jazztel*, corrobora esta conclusión. Como ya se ha indicado en reiteradas ocasiones, la CMT exige a los operadores la eliminación de uno de los Anexos al AGI celebrado entre ellos, por el que “*Telefónica y Jazztel* se obligan a no ofrecer a otro operador por un servicio equivalente un precio más favorable que el contemplado para ese servicio en este anexo”. Si el operador dominante (*Telefónica*) no pudiera aplicar un trato desigual en ningún caso, no tendría sentido que la CMT exigiera la modificación de esta cláusula respecto a él.

⁶⁵ Aunque legalmente no existe impedimento para realizar un comportamiento como el descrito, ciertamente, este supuesto es casi de laboratorio. Ningún operador razonable concederá interconexión a los operadores ajenos a él en condiciones más favorables que a los operadores próximos a su grupo empresarial.

situación desventajosa frente a otros” [art. 6.2.d)]. El TDC tiene declarado que “el hecho de que una empresa se encuentre en una posición de dominio no significa, por tanto, que exista un derecho de los terceros frente a la dominante a exigir un trato exactamente igual. Lo que se prohíbe es que exista una situación de trato discriminatorio, y se entiende por discriminación una desigualdad injustificada”⁶⁶. El operador dominante no podrá aplicar condiciones de interconexión desiguales, cuando tal comportamiento ocasione desventajas competitivas a terceros operadores y ello altere la competencia en el mercado. Por el contrario, si la aplicación de condiciones distintas no impide el desarrollo de la competencia en el mercado, tal comportamiento no constituye un ilícito competencial y por tanto, no está prohibido. No se reconoce a terceros contratantes una pretensión a exigir al operador dominante la aplicación de la condición más beneficiosa en la que concede la interconexión a terceros operadores (siempre que éstos no sean filiales o asociados) y que el trato más favorable esté justificado en razones objetivas y no arbitrarias (v.gr. descuentos por volumen de tráfico).

En el mercado de las telecomunicaciones, donde la competencia es sólo incipiente, cualquier trato desigual practicado por el operador dominante puede generar una desventaja competitiva.

Así, aunque desde un plano puramente teórico, el operador dominante puede aplicar un tratamiento desigual en sus relaciones contractuales, se ha de admitir que las posibilidades del operador dominante de negociar condiciones de interconexión son muy reducidas. Están limitadas por la OIR (mínimo innegociable)(arts. 28 LGT, 9.2, 11 y 12 RIN); por la obligación de orientar sus precios a costes (art. 26 LGT); por la prohibición de discriminación con respecto a sus filiales (art. 9.1 RIN) y por la prohibición de abusos de posición de dominio consistente en la aplicación de condiciones distintas, ocasionando una desventaja competitiva [art. 6.2.d) LDC].

⁶⁶ Res. TDC de 8-2-1993, expte. 318/92, asunto “Confederación Española de Asociaciones Pesqueras”, *BICE* núm. 2361, FD 2º; Res. TDC de 21-1-1999, expte. 412/97, asunto “BT/Telefónica”, comentada por DÍEZ ESTELLA, F., “Precios discriminatorios en el sector de las telecomunicaciones”, *GJ*, núm 206, marzo-abril 2000, págs. 77-92.

Si superados todos estos límites, queda algún espacio para la negociación y aplicación de condiciones distintas, se ha de admitir que en ejercicio de su autonomía privada, el operador dominante también puede aplicar condiciones distintas a prestaciones objetivamente iguales.

En *definitiva*, de cuanto se ha expuesto se deduce que las condiciones en las que el operador dominante concede interconexión a determinado operador (sea o no empresa filial) integra el contenido de los contratos que celebre dicho operador. Dada la situación del mercado, cualquier trato desigual perjudica la competencia y por lo general, no está justificado.

c) *Reglas generales emanadas de normas imperativas.*

La normativa sectorial determina parte del contenido contractual, imponiendo obligaciones cuyo contenido es indisponible por las partes. Son las aquí denominadas “obligaciones legales” de interconexión.

Obviamente, las normas imperativas se imponen a todo acuerdo de interconexión porque la Ley así lo prevé [cfr. arts. 22.2 y 22.7 LGT, para las condiciones fijadas por Reglamento por el Gobierno, y 1.Dos.2,f) LLT, en redacción dada por Ley 52/1999, para las Circulares de la CMT]. Son un límite legal a la autonomía privada (art. 1255 CC).

Estas reglas constituyen un conjunto heterogéneo que presenta un grado de concreción muy diverso. Se incluyen en este conjunto los principios de interconexión (art. 22.4 LGT),-cuya concreción en reglas de comportamiento exige una valoración casuística-; las normas técnicas que detallan cuáles han de ser las especificaciones y estándares técnicos adoptados (arts. 29 LGT y 5 RIN); las que fijan precios de interconexión⁶⁷ o las que imponen obligaciones respecto a

⁶⁷ OMP de 31-10-2000 por la que se dispone la publicación del acuerdo de la CDGAE por el que se modifica la oferta de interconexión de referencia de “Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal”, en virtud del artículo 6 del RD-ley 7/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes en el Sector de las Telecomunicaciones.

selección y preselección de operador⁶⁸.

En general, figuran entre estas reglas todas las “condiciones mínimas” de interconexión fijadas por el Gobierno (art. 22.7 LGT), en particular las relativas a la salvaguarda de los requisitos esenciales (art. 22.2.I LGT)⁶⁹.

Pero el citado artículo 22.2.I LGT tiene un alcance más amplio que el que en principio resulta de sus términos literales. A mi juicio, este precepto merece algunas precisiones: 1ª) Aunque parece referirse únicamente a las condiciones para el mantenimiento de los requisitos esenciales (cfr. su tenor literal con el del art. 22.7), su contenido es aplicable a todas las condiciones mínimas de interconexión fijadas por el Gobierno; 2ª) “Gobierno” ha de entenderse en un sentido amplio que comprende también a aquéllos entes administrativos dotados de potestad reglamentaria análoga a la del Gobierno. Dicho de otro modo, también son condiciones mínimas de interconexión y habrán de incluirse en los acuerdos las fijadas por la CMT en sus Circulares [cfr. art. 1.Dos.2,f) LLT en redacción de Ley 52/1999 y art. 20 RCMT]⁷⁰; 3ª) El sentido de la norma no es imponer a los operadores que celebran acuerdos de interconexión una obligación de incluir en sus acuerdos las condiciones mínimas fijadas por el Gobierno, tal y como parece deducirse de su tenor literal (“habrán de incluirse”), sino que estas condiciones “se incluyen” en los acuerdos que celebren los operadores, estén o no contempladas en el acuerdo de interconexión. Aunque los contratantes no lo manifiesten expresamente, tales condiciones forman parte de la reglamentación jurídico-negocial.

⁶⁸ Circular 1/1999, de 4 de noviembre, de la CMT, sobre la implantación de la preasignación de operador por los operadores dominantes en el mercado de redes públicas de telecomunicaciones fijas y Circular 1/2000, de 30 de noviembre, de la CMT, sobre la habilitación de procedimientos para la preselección de comunicaciones de ámbito metropolitano.

⁶⁹ Volveré a referirme a estos preceptos cuando explique las consecuencias jurídicas de la integración de la *lex contractus* por elementos ajenos al sistema de Derecho privado (*infra* C.2).

⁷⁰ Que las ANR pueden imponer condiciones de interconexión *ex ante*, a todos los operadores (independientemente de su posición en el mercado), está expresamente admitido por la Directiva de interconexión (cfr. art. 9.2).

- d) *Reglas concretas impuestas en relación con un determinado acuerdo de interconexión.*

Las “reglas” a las que ahora me refiero proceden de las resoluciones de la CMT. Son el contenido de los actos administrativos emitidos por la autoridad reguladora con la que los operadores mantienen un vínculo de sujeción especial.

Como ya argumenté, la intervención de la CMT se justifica en el mantenimiento del *orden público económico en el sector de las telecomunicaciones*⁷¹. Y no supone una quiebra del principio de legalidad. La posición de los operadores sometidos al poder de la CMT queda protegida por dos vías: la reserva de ley formal y el control jurisdiccional del ejercicio de estas potestades administrativas, basadas en conceptos jurídicos indeterminados⁷². El acto administrativo completa y concreta la norma general para el caso concreto, convirtiéndose así en “regla” que regula la relación contractual.

Esta forma de “regulación” caso a caso es especialmente relevante en una materia como la interconexión, compleja, sensible a cualquier cambio tecnológico y muy ligada a las circunstancias subjetivas de los agentes implicados (desarrollo de red, tipo de servicios prestados, efectos de una interconexión concreta sobre la interoperabilidad global del sistema de telecomunicaciones...) ⁷³. Estas características hacen que la regulación mediante reglas generales no sea siempre una opción idónea para lograr los objetivos de política legislativa en este ámbito. La misma forma de regulación es utilizada en otros sectores cuya complejidad técnica o económica exige una ordenación casuística (v.gr.sector financiero o tratamiento de datos personales) ⁷⁴.

La CMT exigirá determinadas condiciones de interconexión cuando las partes no las hayan fijado (art. 22.3 LGT) y cuando las acordadas por los contratantes pudieran amparar prácticas contrarias a la competencia en el mercado

⁷¹ Sobre el “intervencionismo económico de la Administración” v.DE CASTRO, “Notas...”, págs. 1047-1050; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I, págs. 42-44.

⁷² Se ha de tener presente cuanto se dijo respecto a la justificación constitucional de esta intervención (*infra* Cap.II, 5.2., B.3).

⁷³ Cfr. RODRÍGUEZ ILLERA, R., “La regulación...”, págs. 246 y 247; CHILLÓN MEDINA, J.M^a, “Estado regulador...”, págs. 195 y 196).

⁷⁴ Sobre esta cuestión v. BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Las Administraciones Independientes*. Tecnos. Madrid, 1994, págs. 232-242.

o cuando resulte preciso para garantizar la interoperabilidad de los servicios (art. 22.2.II LGT). En ambos casos, de forma “excepcional”. Existe un tercer supuesto en el que la CMT puede determinar condiciones contractuales, son los casos en los que resuelve conflictos de negociación de acuerdos de interconexión [art. 25 LGT, en su redacción dada por la Ley 14/2000 y art. 1.Dos.2, e) LLT]⁷⁵.

Esta intervención de la CMT en el ámbito de las relaciones interprivadas es limitada, no legitima al ente administrativo para declarar la nulidad civil de los pactos establecidos por los contratantes⁷⁶, pero sí para imponer “haceres” (positivos o negativos) para establecer la ordenación económica prevista.

Superado el límite de la competencia y de la interoperabilidad de los servicios, cualquier condición acordada por los operadores o modificación de condiciones previamente establecidas por la CMT será admisible como manifestación del principio de libertad contractual (art. 22.2.I LGT).

Según la modalidad de intervención de la CMT, las reglas emitidas por ella integran o heterointegran la reglamentación contractual con carácter dispositivo o imperativo:

i) *Reglas que integran el contrato con carácter dispositivo.* Integran la reglamentación contractual con carácter dispositivo aquellas condiciones de interconexión “impuestas” por la CMT en las resoluciones en las que exige que se haga efectiva la interconexión *ex* artículo 22.3 LGT. Raramente se limitará esta resolución a imponer el deber de proveer interconexión. La CMT podrá “cuando proceda, establecer las condiciones para la misma”. Generalmente, cuando el conflicto se plantea con el operador dominante, esta fijación de condiciones de interconexión se traduce en una remisión a las condiciones de la OIR⁷⁷. Las

⁷⁵ Sobre esta intervención v. *infra* 3.

⁷⁶ V. Cap. IV, 2.1, C).

⁷⁷ Cfr. Res. CMT de 29-7-1999, *RSL Communications Spain, S.A - Telefónica, S.A.*, apdo. III.6.

condiciones así fijadas integran el acuerdo de interconexión.

Como se ha explicado, la intervención de la CMT exigiendo que se haga efectiva la interconexión en ausencia de acuerdo de las partes no significa la sustitución de la autonomía privada. Ciertamente, la CMT puede imponer tanto la existencia de la relación jurídica de interconexión (afecta a la libertad de contratación), como su contenido (afecta a la libertad contractual). Pero si la existencia resulta indisponible para las partes, el contenido sí puede ser modificado por acuerdo de las mismas, siempre que ello no perjudique la libre competencia, ni afecte a la interoperabilidad de los servicios. Las condiciones fijadas por la CMT reguladoras de esta relación entre operadores serán aplicables sólo si las partes no inician negociaciones o si persiste el fracaso de éstas⁷⁸.

Este carácter dispositivo de las condiciones fijadas es en parte consecuencia del nuevo modelo de actuación administrativa. La imperatividad no es la nota característica de la actuación de estas nuevas entidades integradas en la Administración Independiente y dotadas de especiales funciones reguladoras para ciertos sectores de mercado. Al contrario, siguiendo las líneas del modelo anglosajón, la actuación administrativa tiene un carácter “conciliador” o negociado.

También integran el contrato con este carácter las resoluciones de la CMT que resuelven conflictos de interconexión.

ii) *Reglas que integran el contrato con carácter imperativo.* Se trata de aquellas resoluciones de la CMT que exigen la modificación de las condiciones acordadas por los operadores, que hayan celebrado un acuerdo de interconexión (art. 22.2.II LGT). Las facultades de la CMT de controlar el contenido de las condiciones pactadas se reducen a exigir la modificación de las condiciones pactadas cuando su contenido pudiera amparar prácticas contrarias a la competencia o resulte preciso para garantizar la interoperabilidad de los servicios

⁷⁸ Sobre esta cuestión volveré al examinar las consecuencias de la integración de la *lex contractus* con reglas ajenas al sistema de Derecho privado (*infra* C.2).

(art. 22.2.II).

La modificación exigida podrá consistir en la supresión de cláusulas, adición de otras nuevas o corrección del contenido de las mismas⁷⁹. La CMT concederá un plazo para que las partes modifiquen la cláusula o cláusulas “patológicas”⁸⁰. Los términos en los que la CMT exija la modificación son indisponibles para los operadores. Éstos habrán de adaptar el contenido contractual a las exigencias de la Comisión en el plazo estipulado.

El carácter imperativo de la modificación no impide que las partes puedan negociar una nueva cláusula sustitutiva de la suprimida⁸¹.

iii) *Reglas que complementan lagunas de la lex contractus*. Cuando las partes no hayan negociado algunos de los contenidos exigidos por las normas

⁷⁹ La Resolución CMT de 27-1-2000, expdte. AJ 2000-2154, relativa a la modificación del Acuerdo General de Interconexión suscrito entre *Telefónica* y *Jazz Telecom, S.A.* exige los tres tipos de modificación. Todos ellos contenidos en el tenor literal del art. 22.2.II LGT, que confiere a la CMT la facultad de “dictar instrucciones a las partes que *hayan celebrado un acuerdo de interconexión, instándolas a su modificación, ...*”. Obsérvese que la modificación a la que se refiere el precepto puede afectar “al acuerdo” en su conjunto y no a una determinada estipulación dentro del mismo. Por esto, nada impide que la modificación consista en la introducción de nuevas condiciones.

⁸⁰ Vid. Resolución CMT de 29-4-1999, exppte. ME 1999-895, relativa a la adopción de medidas cautelares en el expediente abierto en relación con la solicitud de intervención presentada por *Lince Telecomunicaciones, S.A.* y la de 16-6-1999, por la que se resuelve el recurso potestativo de reposición interpuesto por *Telefónica de España, S.A.U.*, contra la resolución anterior; Resolución de 27-1-2000, expdte. AJ 2000-2154, *Telefónica-Jazztel*.

⁸¹ El apartado 16 del Acuerdo Tipo de Interconexión de la OIR de Telefónica prevé: “La declaración de nulidad de una o más cláusulas de este Acuerdo por parte de la Autoridad competente, no perjudicará la validez de las restantes, que conservarán su fuerza vinculante. En este caso las partes se obligan a negociar una nueva cláusula sustitutoria de la anulada, que dentro de los términos ajustados a Derecho, y con estricto respeto a la resolución o sentencia que haya declarado la nulidad, guarde la mayor identidad de propósito con la cláusula anulada, en cuanto tal finalidad no hubiere sido declarada contraria al ordenamiento jurídico”. En su Resolución de 6-4-2000, por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto por *Telefónica de España, S.A.U.* contra los apartados primero, quinto y sexto de la resolución de fecha 27-1-2000, expdte. 2000/2154, *Telefónica-Jazztel*, la CMT aclara la distinción entre el deber de introducir en el Acuerdo las modificaciones exigidas por el acto administrativo y de comunicar el texto definitivo a la Comisión en el plazo establecido por la propia resolución con el deber contractual de negociar una nueva cláusula en caso de anulación de la misma. Ambos son deberes independientes que despliegan sus efectos en relaciones distintas (operadores-CMT, los primeros; operadores entre sí, el segundo) (FD, apdo. B.1º).

imperativas (*ex art. 2.4 y 8.1 RIN*), la CMT puede dictar reglas que completen el contenido contractual. Por lo normal, esta modalidad de la intervención administrativa tendrá lugar en aquellas ocasiones en las que la CMT resuelve conflictos en la negociación de acuerdos de interconexión o sobre la interpretación y ejecución de los mismos [arts. 25 LGT y 1.dos.2,e) LLT]. En el primer caso (negociación de acuerdos), la CMT actúa como una especie de “arbitrador”, que determina elementos contractuales no por expresa remisión de ambos contratantes, sino por la voluntad unilateral de uno de ellos, que plantea el conflicto ante la Comisión o incluso, de oficio -lo que es poco probable-⁸². En el segundo caso (interpretación y ejecución de acuerdos), la CMT puede integrar el contrato fijando condiciones necesarias para su ejecución en los términos acordados por los operadores⁸³.

C.2. Consecuencias de la integración de la lex contractuas por reglas ajenas al sistema de Derecho privado.

1ª) Lo dicho hasta aquí sirve para afirmar la naturaleza contractual del acuerdo de interconexión. Los operadores deciden autónomamente su vinculación a un entramado de derechos y deberes reglamentado, igualmente, conforme a su propia voluntad. Que existan reglas ajenas al sistema de Derecho Privado (Reglamentos o actos administrativos) que complementan, heterointegran o limitan la reglamentación autónoma privada no sirve para negar la libertad contractual de los operadores, ni el carácter privado de la relación resultante de su ejercicio⁸⁴.

Al contrario, la terminología empleada es ya significativa. Se habla de “límites” al poder de autodeterminación de los operadores. Es obvio que sólo se

⁸² V. *infra* 3.

⁸³ Aunque ni la LGT ni el RIN son claros en este aspecto, la conclusión indicada resulta del principio de conservación de los contratos.

⁸⁴ Es ésta una nueva manifestación del fenómeno de la "publicación del Derecho privado", o a la inversa, "privatización del Derecho público". Sobre este fenómeno, DE CASTRO, F., *El Negocio Jurídico*. Reedición. Civitas. Madrid, 1985, págs. 13-18; DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos, I*, pág. 132-134 y bibliografía allí citada.

puede limitar algo que preexiste ilimitadamente. El artículo 22.2 de la LGT no deja dudas en este sentido: “Los acuerdos de interconexión se celebrarán libremente entre las partes”. La Ley proclama la autonomía de la voluntad de los operadores para celebrar acuerdos de interconexión. La integración de la *lex contractus* con las disposiciones del Ordenamiento es inherente a la afirmación del principio de autonomía privada⁸⁵. La existencia de límites no es más que una plasmación específica de lo dispuesto en el artículo 1255 CC. Si éste se refiere, entre otros, a la “ley” como límite al poder de los contratantes de establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, la normativa sectorial dota de contenido específico a ese límite general.

2ª) Como consecuencia de la aplicación del principio de no discriminación en los términos arriba expuestos, las condiciones de interconexión aplicadas por el operador dominante en sus relaciones con otros operadores, -pertenezcan o no a su grupo-, integran el contenido contractual en las relaciones con terceros operadores. Consecuentemente, la CMT utiliza los acuerdos firmados con otros operadores como elementos de integración del contenido de otras relaciones de interconexión en aquellos supuestos en los que fija condiciones de interconexión en defecto de acuerdo entre los operadores⁸⁶. Pero la Comisión también puede exigir la modificación de los acuerdos que contengan un trato desigual y su equiparación al resto de acuerdos celebrados por el operador dominante, en ejercicio de su potestad de modificación de cláusulas que pudieran

⁸⁵ Cfr. DE CASTRO, F., “Notas...”, *ADC*, 1982, XXXV-IV, págs. 987-1085. Son especialmente elocuentes las afirmaciones de FLUME sobre esta cuestión, por lo que las reproduzco literalmente: “...existen múltiples determinaciones de contenido y limitaciones del Ordenamiento jurídico a la autonomía privada, de modo que ésta sólo puede ser eficaz dentro de las fuertes estructuras del mismo Ordenamiento. La configuración autónomo-privada en virtud de su reconocimiento por el Ordenamiento jurídico, vale, hasta donde alcance el reconocimiento, igual que una norma jurídica” (*El negocio*, pág. 29); “El principio de autonomía privada se sustenta en una combinación de libertad y vinculación” (*ibidem*, pág. 41).

⁸⁶ Cfr. resoluciones CMT de 29-7-1999 y de 7-10-1999, ambas relativas al conflicto de interconexión entre *Telefónica* y *RSLCom*. En la primera de ellas la Comisión optó por aceptar como condiciones de interconexión sobre aspectos no recogidos en la OIR, aquéllas que *Telefónica* había incorporado en sus acuerdos de interconexión con otros operadores (Anexo 3); en la segunda, que resuelve el recurso potestativo interpuesto por *RSLCom* contra ella, se toma como referencia el acuerdo de interconexión entre *Telefónica* y *BT* y se aplica a la preselección de operador en la relación de interconexión entre *Telefónica* y *RSLCom* las mismas condiciones contempladas en tal acuerdo (apdo. II.4º).

amparar prácticas restrictivas de la competencia (art. 22.2 LGT).

Por su parte, el juez civil también puede declarar la nulidad de las condiciones contractuales distintas a las ofrecidas a los competidores, en contra del principio de no discriminación en los términos aquí definidos.

3ª) Las reglas ajenas al sistema de Derecho privado que integran la *lex contractus*, -“condiciones mínimas” de interconexión fijadas por el Gobierno o la CMT, bien a través de Circulares o bien mediante actos administrativos que completan la norma general y la aplican al caso concreto-, forman parte de la reglamentación jurídico-negocial, aunque no consten expresamente en el contrato. Pero su eficacia integradora no es idéntica, varía en función de las distintos tipos de reglas arriba enumerados.

4ª) Las reglas dispositivas procedentes de resoluciones de la CMT *ex* art. 22.3 LGT integran la regulación contractual con carácter subsidiario. Cuando medie una resolución de la CMT de este tipo, las partes podrán celebrar un acuerdo de interconexión en ejercicio de su poder de autodeterminación. En este caso y sólo para las cuestiones no previstas por los operadores, las condiciones fijadas por la Comisión integrarán el acuerdo de interconexión. Adquieren así la naturaleza de normas dispositivas o supletorias que integrarán el contrato junto a los elementos generales de integración previstos en el artículo 1258 CC.

La modificación de las condiciones fijadas es válida siempre que se cumplan los siguientes requisitos: 1º) Ha de producirse de mutuo acuerdo, pues la imposición por uno de los operadores de condiciones distintas a las fijadas será interpretada como un incumplimiento sancionable de la resolución administrativa; 2º) No ha de perjudicar al interés público, en particular, no ha de ocasionar la interrupción o desconexión de las redes, ya que el deber de conectar física y funcionalmente las redes impuesto por la resolución es indisponible para los operadores⁸⁷;

⁸⁷ Cfr. Res.CMT de 13-5-1999, *Colt Telecom España, S.A.- Telefónica de España, S.A.*; de 22-7-1999, relativa a la consulta realizada por *Telefónica, S.A.* en relación con los puntos de

Así, a pesar de ser formalmente actos administrativos ejecutivos, no toda decisión de la CMT se impone imperativamente a la voluntad de los operadores. Su infracción (v.gr. el acuerdo final no respeta los precios fijados por la CMT) no siempre será sancionada. Ello sólo se producirá si el apartamiento del contenido de la resolución se impone unilateralmente por uno de los operadores (v.gr. uno de los operadores se niega a proveer interconexión a los precios ya fijados por la resolución de la CMT y exige la negociación de nuevos precios) o si se vulneran normas imperativas. Pero si de mutuo acuerdo, los operadores deciden no incorporar al acuerdo la resolución de la CMT y pactan un contenido distinto, el acuerdo será válido y eficaz y tal comportamiento no constituirá infracción administrativa, salvo que afecte al interés público en la interconexión (v.gr. se posponga la interconexión efectiva de las redes más allá del plazo exigido por la CMT).

Esta posibilidad de modificación de las condiciones predispuestas por la CMT no desaparece por la remisión a la OIR. Al contrario, como tiene declarado la CMT, la OIR constituye una oferta de mínimos del operador dominante siempre mejorables por la libre negociación entre las partes⁸⁸.

Cuanto se ha afirmado presenta algunos problemas de aplicación. Cabe cuestionar si realmente la resolución de la CMT sólo es imperativa en lo que se refiere a lograr un resultado (la conexión física y funcional de las redes), siendo enteramente disponibles por los operadores las condiciones fijadas en tal acto; o, si por el contrario, existe también un núcleo de condiciones indisponibles. En el primer caso, los contratantes podrían negociar cualesquiera otras condiciones distintas a las establecidas por la CMT. Correlativamente, sólo el incumplimiento del deber de conexión constituiría una infracción por incumplimiento de la resolución de la CMT (art. 79.15 LGT)⁸⁹. Si las partes estipularan condiciones distintas a las determinadas en la resolución, la CMT podría exigir la modificación de las citadas cláusulas o incluso su supresión. Pero ello no se justificaría en el incumplimiento de una resolución de la CMT, que *in extremis* se produciría siempre que las partes acuerden condiciones *distintas* a las previstas en la resolución, sino en el artículo 22.2.II LGT, único título que habilita a la CMT para exigir la modificación de condiciones contractuales. Y ello porque el acuerdo

interconexión con los operadores con Licencias B1 de ámbito nacional.apdo. IV; y de 29-7-1999, sobre conflicto de interconexión entre *Telefónica* y *RSLCOM* para hacer efectiva la interconexión (apdo. III.6).

⁸⁸ Informe anual de la CMT (1998), pto. IV.5.1., “Oferta de Interconexión de Referencia”.

⁸⁹ Estando los operadores habilitados para celebrar acuerdos que sustituyan la reglamentación de la CMT y en ausencia de una previsión expresa de imperatividad de ciertas condiciones, resultaría injustificado sancionar por infracción de las resoluciones de la CMT (art. 79.15 LGT), a los operadores que, por el acuerdo -autónomamente celebrado-, modifiquen las condiciones fijadas por la Comisión, siempre que mantengan la interconexión efectiva.

“pudiera amparar prácticas contrarias a la competencia o resulte preciso para garantizar la interoperabilidad de los servicios”, pero no porque se aparte del contenido de una resolución previa de la propia Comisión.

El esquema descrito aparte de multiplicar los procedimientos administrativos, genera inseguridad jurídica. Los operadores, tras haber negociado un acuerdo y ponerlo en conocimiento de la CMT, pueden ver corregida o incluso “anulada” su voluntad (supresión de cláusulas), encontrándose en la necesidad de volver a aplicar las condiciones establecidas en la resolución de la CMT, que pretendían eludir al negociar el nuevo acuerdo. Para evitar estas situaciones, sería recomendable que la CMT en este tipo de resoluciones determinara cuáles de las condiciones establecidas tienen carácter imperativo y son inmodificables. Tales condiciones constituirían el contenido de un acto administrativo con carácter imperativo, heterointegrarían el contenido contractual en todo caso y su incumplimiento sería sancionable (art. 79.15 LGT).

5ª) Las reglas o condiciones mínimas fijadas por Reglamento del Gobierno, por Circular de la CMT o por resolución de ésta dictada en el marco del art. 22.2.II LGT integran la *lex contractus* con carácter imperativo. Si en el acto de constitución de la relación (celebración del acuerdo de interconexión) los operadores modifican su contenido, el acuerdo será nulo en lo que se oponga a las normas imperativas susceptibles de ser interpretadas como prohibición (ej. la que prohíbe un precio superior al fijado por la Administración)(art. 6.3 CC)⁹⁰ o en cuanto excluye la aplicación de una norma imperativa (ej. la que exige la adopción de mecanismos de selección o preselección de operador) (art. 6.2 CC)⁹¹.

En cualquier caso, la nulidad será parcial (principio de conservación de los actos y negocios jurídicos)⁹². Al margen de que se declare o no la nulidad de las cláusulas contrarias a la Ley, el acuerdo sólo obligará en lo que no vulnere la normativa imperativa aplicable. La parte que adolece de nulidad habrá de ser heterointegrada conforme a las exigencias imperativas de la norma (art. 1258 CC y 10.bis.2 LGDCU, por analogía).

⁹⁰ Afirma el profesor CARRASCO que “el artículo 6.3, encuentra su sentido más cabal en las normas de Derecho público que imponen restricciones al tráfico jurídico realizado a través de contratos” (“Artículo 6.3 CC”, págs. 786 y 787); v. también ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, págs. 337 y 338.

⁹¹ Cfr. CARRASCO, “Artículo 6.3 CC”, pág. 814.

⁹² Cfr. CARRASCO PERERA, “Artículo 6.3 CC”, págs. 824 y 825.

6ª) Sólo la jurisdicción civil y no la CMT puede declarar nulas las cláusulas contractuales contrarias a las reglas que integran imperativamente la *lex contractus*.

No existe en la normativa española un precepto similar al § 29 de la Ley alemana de Telecomunicaciones de 1996, que habilite a la CMT para declarar nulos, al menos en el exceso, los acuerdos en los que se establezcan precios superiores a los reglamentariamente fijados⁹³.

7ª) El juez civil ha de aplicar las reglas (imperativas y dispositivas) ajenas al sistema de Derecho privado que integran la *lex contractus*. Ello no porque esté vinculado a los actos de la Administración, que no lo está, sino porque estas reglas integran y completan el contenido de otras normas generales que han de ser aplicadas a la relación interprivada (arts. 22.1 y 22.2 LGT y 1255 y 1258 CC).

No ocultaré que tengo mis dudas respecto a la aplicabilidad de este razonamiento a las condiciones dictadas por la CMT en un procedimiento de resolución de conflictos (art. 25 LGT). En este caso no es tan claro que se atribuya a la CMT la potestad de crear reglas concretas que completan la norma general. Y ello porque existe una diferencia sustancial entre los arts. 22.2.II y 22.3 y el art. 25 LGT. Aquéllos contemplan expresamente los conceptos jurídicos indeterminados a cuya concurrencia se somete la intervención administrativa (competencia, interoperabilidad de los servicios e interés público) y que a su vez sirven para controlar el ejercicio jurisdiccional de esta potestad. No ocurre lo mismo respecto al art. 25 LGT. Éste no hace mención alguna a los motivos que justifican la intervención de la CMT. Sólo el art. 2.6 RIN se refiere a una pluralidad de conceptos jurídicos indeterminados que la CMT “tendrá en cuenta”. Aceptar que las resoluciones de la CMT dictadas en ejercicio de esta potestad de resolución de conflictos integran la relación contractual y son aplicables por el juez a la relación privada puede encubrir una mera sumisión del

⁹³ § 29 TKG.(1) “Der Lizenznehmer ist verpflichtet, ausschließlich die von der Regulierungsbehörde genehmigten Entgelte zu verlangen; (2) Verträge über Dienstleistungen, die andere als die genehmigten Entgelte enthalten, sind mit der Maßgabe wirksam, daß das genehmigte Entgelt an die Stelle des vereinbarten Entgelts tritt. Die Regulierungsbehörde kann die Durchführung eines Rechtsgeschäfts untersagen, das ein anderes als das genehmigte Entgelt enthält”.

juez a la resolución administrativa previa. Lo cual es inadmisibile desde la perspectiva constitucional (art. 117 CE). Obsérvese que mientras que en las intervenciones de los arts. 22.2.II y 22.3 LGT, la CMT “crea” Derecho para salvaguardar el orden público económico (potestad que la Ley le atribuye en exclusiva); en la intervención del art. 25, la CMT valora unos hechos y “aplica” el Derecho, función que no es exclusiva de la CMT, sino que necesariamente ha de ser compartida con el juez, “aplicador del Derecho” por excelencia.

Quien escribe estas líneas no desconoce que existen precedentes contrarios a lo que aquí se defiende. En primer lugar, la jurisprudencia civil de la “incomunicación” de efectos de las normas administrativas sobre las relaciones privadas, desarrollada por el TS especialmente en materia de viviendas de protección oficial⁹⁴. Tal doctrina permite sancionar la validez civil de los acuerdos privados en los que se fija un precio de venta (o arrendamiento) superior al reglamentariamente establecido. De forma prácticamente unánime, la doctrina ha criticado esta jurisprudencia y ha puesto de manifiesto sus perniciosos, -cuando no “perversos”- efectos, lo que creo me excusa de profundizar más sobre este particular⁹⁵.

En segundo término, también la jurisprudencia que niega la competencia del juez civil para aplicar el Derecho de la competencia, sin previo

⁹⁴ Un completo desarrollo sobre esta jurisprudencia se encuentra en CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. Y GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Derecho de la Construcción y de la Vivienda*. 3ª Edic. Actualizada y revisada. Dilex. Madrid, 2000, págs. 694-695; Vid. también GORDILLO CAÑAS, A., “Precio ilegal; ¿Un salto atrás en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo? (Comentario a las SS de 3 de septiembre y 14 de octubre de 1992)”, *ADC* 1993, págs. 893-913; RUBIO TORRANO, E., “El sobreprecio en la compraventa de Viviendas de Protección Oficial”, *AC* 1993-I, págs. 1869-ss.; LETE DEL RÍO, J.M., “Comentario a la STS de 4-6-1983”, *CCJC*, núm.32, 1993, págs. 683-691; MARTÍN PÉREZ, J.A., “Comentario a la STS de 3-12-1993”, *CCJC*, núm. 34, 1994, págs. 177-190; CARRASCO PERERA, A., “Comentario a la STS de 3-9-1992”, *CCJC*, núm. 30, 1992, págs. 861-873; CARRASCO PERERA, A., “Comentario a la STS de 20-1-1983”, *CCJC*, núm. 1, 1983, págs. 51-60.

⁹⁵ La citada doctrina no hace si no restringir la eficacia de las normas imperativas; publicar los costes de solución de los conflictos privados; desproteger a los perjudicados por el incumplimiento de la norma y quebrar la unidad del Ordenamiento jurídico. Aceptar que el incumplimiento de estas normas tiene como única consecuencia jurídica la imposición de una sanción administrativa y afirmar correlativamente, la validez civil del acto supone, como digo, desproteger al perjudicado por la norma e incluso “incentivar” su incumplimiento. En ciertas ocasiones, para el operador infractor puede resultar económicamente más ventajoso infringir la norma y mantener el contrato válido, que evitar la imposición de la sanción celebrando contratos ajustados a dicha norma.

pronunciamiento administrativo, es un “impedimento” de la aplicación por el juez civil de las normas del Derecho de las telecomunicaciones en los términos que aquí defiendo. Fiel al tenor literal del art. 13.2 LDC, la jurisprudencia civil ha exigido el pronunciamiento administrativo previo de los órganos de defensa de la competencia (TDC y SDC) como requisito de procedibilidad para conocer de la pretensión resarcitoria, -o de cualquier otra pretensión (v.gr. declaración de nulidad de contrato)-, basada en un incumplimiento del Derecho de la Competencia. Sin la resolución declarativa de la ilicitud del acto emitida por un órgano administrativo encargado de la aplicación de las normas de competencia, el juez no admite la pretensión basada en la infracción de dichas normas⁹⁶. Tanto la jurisprudencia como el precepto que le sirve de cobertura han sido muy criticados por la doctrina⁹⁷. Esta línea jurisprudencial, que no es coherente con la jurisprudencia comunitaria sobre el efecto directo de las normas de competencia, en particular de los arts. 81 y 82 TUE (antiguos arts. 85 y 86)⁹⁸, parece quebrar en la STS de 2-6-2000. En este último pronunciamiento, el TS declara la nulidad de un contrato por infringir las normas de competencia del Tratado, sin que existiera ningún pronunciamiento administrativo previo.

Con todo, entiendo que estos obstáculos no son insuperables para admitir la aplicación por el juez civil de las normas del Derecho de las Telecomunicaciones en los términos propuestos.

⁹⁶ En este sentido se han pronunciado las SSTs de 18-5-1985 (RJ 1985, 2397); 30-12-1993 (RJ 1993, 9902) y 4-11-1999 (RJ 1999, 8001). Esta última comentada por MARTÍN ARESTI, P., *CCJC* 52, 1430, Enero/Marzo 2000, págs. 393-412.

⁹⁷ Cfr. MARTÍNEZ LAGE, S., “La aplicación...”, pág. 3; BERENGUER FUSTER, L. Y GINER PARREÑO, A., “Comentarios críticos...”, pág. 33. Especialmente severos en sus críticas al art. 13.2 LDC son CREUS, A. y CASES PALLARES, L. El primero califica al citado precepto como “el camino interminable, o simplemente la negación del principio de acceso a la justicia” (“La privatización del Derecho de la Competencia”, *GJ*, núm. 200, 2000, págs. 55-66, concr. págs. 55 y 56). Por su parte, CASES PALLARES, L. denuncia la incompatibilidad entre el Derecho comunitario y la Ley nacional, ya que ésta y la subsiguiente interpretación del TS respecto al efecto directo de los artículos 85 y 86 (vid. STS 30-12-1993) impiden a los particulares que accedan directamente a los jueces en demanda de tutela de los derechos que el Tratado les reconoce (*Derecho Administrativo...*, págs. 300-302).

⁹⁸ Cfr. STJCE 30-1-1974, As. 127/73, *Br/t/Sabam*; 30-4-1974, As. 155/73, *Sacchi*; 3-2-1976; 11-4-1989, As. 66/86, *Ahmed Saeed*; 10-2-1991, As. C-179/90, *Merci Convenzionali*; 28-2-1991, As. C-234/89, *Delimitis*; 18-9-1992, As. T-24/90, *Automec*.

La “aplicación” por el juez civil de las reglas ajenas al sistema privado que integra la relación contractual implica que éste pueda declarar nulos los pactos contrarios a las mismas (arts. 6.2 y 6.3 CC) e integrar la parte no afectada por la nulidad (nulidad parcial); integrar el contenido contractual en lo no acordado por los operadores (art. 1258 CC); exigir su cumplimiento (específico o por equivalente)⁹⁹; declarar resuelto el contrato por el incumplimiento de tales condiciones (art. 1124 CC) y declarar la obligación de indemnizar por los daños ilícitos derivados de dicho incumplimiento (arts. 1124 y 1101 CC).

D) *Tutela de Derecho privado*¹⁰⁰.

D.1 *Doble tutela de las obligaciones nacidas del acuerdo de interconexión.*

Se ha dicho en varias ocasiones que del acuerdo de interconexión nacen obligaciones de Derecho Público y obligaciones de Derecho Privado. Unas y otras pueden ser simultáneamente tuteladas con las técnicas propias del Derecho Público o del Derecho Privado.

Para la tutela de las obligaciones de Derecho privado, el Ordenamiento prevé los remedios contractuales típicos atribuidos a todo acreedor de obligaciones contractuales (cfr. *infra* D.2).

Pero, además, por ser el acuerdo de interconexión un instrumento de ejecución del deber legal de interconexión, su cumplimiento e incumplimiento no afecta únicamente a las relaciones interprivadas. El cumplimiento de los deberes de interconexión, concretados en el acuerdo, también es relevante para el interés público. Correlativamente, el ejercicio de los derechos nacidos del acuerdo no es

⁹⁹ Aunque esta intervención es teóricamente posible, dada la ejecutividad de los actos administrativos, raramente conocerá el juez de una pretensión de cumplimiento de los deberes impuestos por un acto administrativo (cfr. Cap. IV, 3, F).

¹⁰⁰ Se pretende aquí, únicamente, poner de manifiesto la tutela civil de la relación de interconexión constituida por el acuerdo, a efectos de justificar la naturaleza contractual del mismo. La resolución de conflictos de interconexión por la CMT; la eficacia jurídico-civil de sus resoluciones emitidas en el ejercicio de esta función y las relaciones entre CMT y jurisdicción civil serán algunas de las cuestiones que han de analizarse en el Capítulo IV.

enteramente discrecional por su titular. Además de obligaciones de Derecho privado, del acuerdo de interconexión nacen obligaciones de Derecho público, cuyo cumplimiento será vigilado por la CMT. No porque ésta ostente derecho subjetivo alguno a la interconexión, sino porque a ella se atribuye la potestad de salvaguardar el interés público en la interconexión. Si el operador no ejerciera los derechos de los que es titular en virtud del acuerdo, la CMT podrá emitir, de oficio o a instancia de tercero -operador o usuario-, un acto administrativo en el que se exija coactivamente su cumplimiento (arts. 22.3 LGT¹⁰¹ y 25 LGT).

Por otra parte, el incumplimiento de las citadas obligaciones legales de interconexión, -ya concretadas en el acuerdo-, podrá ser sancionado por incumplimiento de obligaciones en materia de interconexión (art. 79.10 LGT). Ello aunque el particular afectado por el incumplimiento no adopte ninguna medida para tutelar su interés en el cumplimiento.

Obviamente, la relevancia pública no es predicable de todo el contenido contractual. Ésta sólo se extiende a las “obligaciones legales” de interconexión, definidas en otro lugar de este trabajo como el conjunto de deberes jurídicos (vgr. adopción de especificaciones técnicas, despliegue de un número mínimo de puntos de interconexión, precios máximos...) que hacen posible la conexión física y funcional de las redes, garantizando la interoperabilidad de los servicios y el mantenimiento de la competencia. La eficacia pública no se predica de las “otras condiciones” contractuales acordadas autónomamente por los contratantes como reglas de conducta que regulan la relación de interconexión (v.gr. condiciones de pago, servicio de reparaciones, distribución de responsabilidades...etc). En otros términos, es “administrativizable” la prestación característica de proveer interconexión, pero no lo es la de pagar por ella. Tampoco lo son las prestaciones accesorias de cuyo cumplimiento no depende la prestación característica. El

¹⁰¹ El artículo 22.3 LGT contempla el supuesto en el que los titulares de redes no las hayan interconectado y se hayan “agotado las posibilidades acuerdo”. En el texto me refiero al caso en el que existe un acuerdo de interconexión pero los operadores no interconectan sus redes. Es claro que lo que pretende el precepto legal no es que existan acuerdos de interconexión, sino que las redes estén interconectadas. Por ello, no habrá obstáculo para entender que también en este supuesto es aplicable el artículo 22.3 LGT, quedando legitimada la intervención de la CMT.

Ordenamiento prevé mecanismos de Derecho privado para garantizar el cumplimiento de estas prestaciones.

D.2. Remedios contractuales típicos.

No hay ninguna duda en afirmar que del acuerdo de interconexión nacen obligaciones de Derecho privado. Por el acuerdo se constituye una relación jurídica obligatoria entre dos particulares. El objeto de estas obligaciones son prestaciones de dar, hacer, no hacer o soportar. Se trata de una relación sinalagmática en la que los operadores están obligados a realizar prestaciones recíprocas (vgr. pagar el precio, habilitar puntos de interconexión, realizar el tráfico de llamadas, permitir la ubicación de equipos en las edificaciones propias...).

Si alguno de los operadores se niega a realizar el comportamiento debido (v.gr. deja de pagar el precio, no mantiene los puntos de interconexión en condiciones aptas, impide la ubicación de equipos o no realiza el transporte de las llamadas) o lo realiza defectuosamente, incumple el contrato y el otro operador podrá emplear los “remedios contractuales” que el Ordenamiento le confiere. Éste podrá exigir el cumplimiento del comportamiento debido, sea específico o por equivalente (arts. 1096 y 1098 CC), resolver el acuerdo, si la gravedad del incumplimiento tiene entidad resolutoria (art.1124 CC) y/o exigir el resarcimiento de los daños que el incumplimiento le haya ocasionado (art. 1101 CC). Sólo el Juez ordinario puede conocer de estas pretensiones.

Como ya se ha expuesto al explicar los efectos de la integración de la *lex contractus* con reglas ajenas al sistema de Derecho privado y a salvo de lo dicho respecto a la pretensión de cumplimiento¹⁰², la tutela civil típica de la relación de interconexión también es aplicable a los casos en los que el contenido del contrato se encuentre integrado por una resolución de la CMT (arts. 22.3, 22.2.II y 25 LGT). Sin perjuicio de que el incumplimiento de dichas resoluciones constituya

¹⁰² Cfr. en este Capítulo, *supra* C.2) y también Cap. IV, 3.F).

una infracción administrativa (art. 79.15 LGT), nace para el incumplidor la obligación de resarcir el daño ilícito causado por el incumplimiento del acto administrativo¹⁰³.

D.3. Intervención del juez civil en la resolución de conflictos de interconexión.

Las competencias atribuidas a la CMT en la legislación de telecomunicaciones no pueden privar a los particulares de su derecho a exigir la tutela judicial de sus legítimas pretensiones frente a otro particular (art. 24 CE y art. 5 Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil). Sin perjuicio de ulteriores matizaciones¹⁰⁴, es la jurisdicción civil la única que puede declarar nulidades contractuales, integrar el contenido contractual, imponer el cumplimiento forzoso de obligaciones y exigir la indemnización de los daños derivados del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones. Y todo ello con eficacia civil *erga omnes*. La atribución a un órgano administrativo de una función de resolución de conflictos generados en las relaciones entre particulares no puede significar en modo alguno una exclusión de la intervención de la jurisdicción ordinaria¹⁰⁵. Es éste el elemento determinante del carácter privado de una relación jurídica¹⁰⁶.

Cuanto acaba de exponerse muestra la doble relevancia del cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones nacidas del acuerdo de interconexión. El cumplimiento de éstas goza de una doble tutela: la pública y la privada. La pública se concreta en la sanción administrativa por incumplimiento de obligaciones en materia de interconexión (art. 79.10 LGT) y en su caso, del acto administrativo que resuelve el conflicto y cuyo incumplimiento es también

¹⁰³ V. Cap. IV, 3.4.F).

¹⁰⁴ Vid. Capítulo IV, epígrafe 3.

¹⁰⁵ Cfr. DE CASTRO, “Notas...”, págs. 1003-1005.

¹⁰⁶ Cfr. CARRASCO PERERA, *El Derecho Civil: señas*, pág. 55.

sancionable (art. 79.15 LGT)¹⁰⁷. La privada viene constituida por los remedios contractuales, que el Ordenamiento pone a disposición del particular.

Esta doble tutela permitirá afirmar que del acuerdo de interconexión nacen obligaciones de Derecho privado y de Derecho público o que el contrato tiene una naturaleza mixta. Pero nunca conducirá a negar su naturaleza contractual. *Es un contrato privado de trascendencia pública, a través del cual se cumple un deber legal y se satisface el interés público en la interconexión, cuya salvaguarda se encomienda a la Administración a través de la CMT*¹⁰⁸.

2.3. Naturaleza jurídica y régimen jurídico supletorio.

El acuerdo de interconexión es un *contrato atípico*. No está previsto en los Códigos. Sin embargo, su régimen aparece regulado con cierto detalle en la normativa sectorial de telecomunicaciones¹⁰⁹. Admitida su calificación como

¹⁰⁷ Adviértase que también las obligaciones de Derecho privado nacidas del acuerdo de interconexión pueden ser tuteladas por técnicas de Derecho público. Ello ocurrirá cuando la CMT resuelva conflictos sobre la interpretación y ejecución de los acuerdos de las partes. El conflicto se resuelve a través de un acto administrativo, cuya contravención constituye una infracción. V. Cap. IV, 2.1.B).

¹⁰⁸ Por último, en favor del carácter de Derecho privado del acuerdo de interconexión, a los argumentos dados (libertad de contratación, libertad contractual y tutela civil de la relación nacida del acuerdo), cabe añadir un argumento más. Éste se sustenta no tanto en las normas del Derecho Positivo reguladoras de la interconexión, como en el análisis de las condiciones históricas, -jurídicas, sociales y económicas-, que han justificado su regulación. La normativa ORA, uno de cuyos postulados básicos es la exigencia a los Estados miembros de la regulación de la obligación de interconexión de redes y servicios públicos de telecomunicaciones, brota de la necesidad de implantar la competencia efectiva en un sector marcado por su pasado monopolista. La liberalización, abordada en la mayoría de los ordenamientos, supone la desaparición de los monopolios legales, pero no de los monopolios fácticos. En estas condiciones, la regulación se hace aún más necesaria. Sin embargo, a medida que el mercado se vea enriquecido con la presencia de nuevos operadores y que las cuotas de mercado de cada uno de ellos se vayan equiparando, la regulación de la interconexión y las facultades de intervención de la Administración perderán parte de su significado. Todos estarán interesados en la interconexión (principio de externalidad de las redes de telecomunicaciones).

Lo importante de esta evolución -que sólo en cuanto factor condicionante resulta relevante para el Derecho- es que los elementos heterónomos de la interconexión cederán su campo a la autonomía de la voluntad. Serán los operadores -igualmente interesados en alcanzar la interconexión- los que doten de contenido contractual esta relación, con los límites impuestos por el Ordenamiento, en particular, el Derecho de la Competencia. Así ocurre ya en otros ordenamientos. La relación de interconexión quedará entonces enteramente subsumida en el Derecho privado.

¹⁰⁹ V.gr. art. 5 RIN sobre especificaciones técnicas que han de ser consideradas en los acuerdos de interconexión; art. 8 RIN relativo al contenido de los acuerdos de interconexión

contrato de Derecho privado, conviene definir su naturaleza en cuanto nuevo tipo contractual. Ello no es un mero *excursus* teórico, pues sirve para determinar el régimen supletorio aplicable, en defecto de previsión de las partes o de regulación en su normativa específica.

La doctrina no es unánime al calificar la naturaleza jurídica de este acuerdo. La doctrina coincide en calificar este acuerdo como de *naturaleza mixta*, pero los autores no siempre coinciden al definir los elementos de ese tipo “mixto”. Para unos, se mezclan elementos de los contratos de *alquiler, servicio y obra*¹¹⁰; para otros, concurren elementos propios de los contratos de *sociedad, alquiler y provisión o abastecimiento con caracteres propios del contrato de obra*¹¹¹. También se han puesto de manifiesto las similitudes del acuerdo de interconexión con el *contrato de suministro*¹¹².

Profundizando en el contenido del acuerdo de interconexión, se advierte que por éste, las partes se ceden recíprocamente el uso de sus "instalaciones" a fin de lograr la conexión de sus redes. Por “instalaciones” ha de entenderse tanto las infraestructuras físicas (edificios, centrales locales, postes...), como los procedimientos técnicos, la información o la capacidad portadora de su red. El operador que accede a la red ajena paga un precio por este uso y está obligado a prestar la máxima diligencia en mantener la calidad y seguridad de la red y de los servicios prestados a través de ella. Atendiendo a estas características, el acuerdo

(contenido necesario y contenido potestativo); art. 4.2 RIN sobre la interrupción de la interconexión por incumplimiento de requisitos esenciales o perturbación del funcionamiento de la red; art. 13 RIN sobre precios de interconexión aplicables a la interconexión a la red de los operadores dominantes.

¹¹⁰ SALGER, Anlage Anh § 39 en BECK'SCHER, *TKG Kommentar*, págs. 519 y 520, núm. 8; GRAMLICH, L., “Rechtsfragen...”, pág. 68.

¹¹¹ MÄRKEL, *Netzzusammenschaltung*, pág. 315. En particular, respecto al contrato de sociedad, entiende el autor que el distinto propósito que pueda mover a los contratantes -el acceder a una red superior para ampliar la propia oferta de servicios o el mero cumplimiento del deber genérico de interconexión, respectivamente-, no es obstáculo que impida la aplicación del régimen del contrato de sociedad (v. ibídem, pág. 307).

¹¹² VÁZQUEZ LÉPINETTE, *La obligación*, págs. 139-140); COLIN D. LONG, *Telecommunications Law*, pág. 196; MÄRKEL habla de suministro con caracteres del contrato de obra del § 675 BGB (*Netzzusammenschaltung*, pág. 314).

de interconexión se aproxima al *arrendamiento de cosas* del artículo 1543 CC. Es una cesión del uso de una cosa -material o inmaterial-, a cambio de un precio cierto y determinado (o determinable).

Los operadores interconectados se obligan también a lograr un resultado útil derivado del desarrollo de una actividad: el encaminamiento de la llamada en la forma pactada (*Durchleitungspflicht*¹¹³). El encaminamiento implica que la señal emitida por el usuario llamante es entregada por el operador de acceso a la red del operador interconectado y a su vez, terminada por éste en la red del operador que ofrece el acceso al usuario llamado o en su caso, hasta el punto de terminación de red al que se une el terminal del usuario llamado. La conducción de la señal en la forma indicada se produce mediante el intercambio de señales y números y por lo general, la señal habrá de conducirse hasta el punto de interconexión más cercano al usuario -origen o destino de la llamada-. Desde esta perspectiva, el acuerdo de interconexión se aleja del tipo del arrendamiento de cosas y se aproxima a otras figuras, en particular, el *contrato de transporte* (art. 349 CCom). La interconexión podría configurarse como un transporte de cosas inmateriales, consistente en la conducción de la señal -voz, imagen o datos- por un medio físico -cable o espectro radioeléctrico- y hasta el punto de interconexión pactado.

Además, el acuerdo de interconexión puede contener otras prestaciones accesorias a la prestación características y que son propias de los *contratos de*

¹¹³ “Durchleitungsvertrag” es una categoría contractual desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia alemana, cuya prestación principal consiste en la conducción de algo a través de un sistema de redes, sean éstas de radiodifusión sonora o televisiva, de gas o de energía eléctrica. Tratándose de radiodifusión sonora y televisiva, la jurisprudencia ha calificado a estos contratos como contratos de prestación de servicios (conducción de la señal) en los que también concurren prestaciones propias de los contratos de alquiler (uso de instalaciones y aparatos); cuando lo que se transporta es gas o energía, la doctrina y la jurisprudencia han hablado de una prestación característica próxima a la del contrato de transporte. Sin embargo, más que de contrato de transporte se trata de un contrato de intercambio de bienes realizado a través del transporte del material. Lo que hace el titular de la red de transporte no es tanto conducir un bien, como poner el gas o la energía a disposición del otro contratante en un punto determinado (MÄRKL habla de “Werklieferungsvertrag”). En el acuerdo de interconexión no se produce transmisión de propiedad alguna. Este tipo de contrato se aproxima más a los contratos de radiodifusión sonora y televisiva. Los respectivos contratantes se obligan a desarrollar una actividad para que el otro pueda satisfacer sus intereses (cfr. MÄRKL, *Netzzusammenschaltung*, págs.311-314 y v. también pág. 303).

servicios (ej. servicios de información sobre usuarios, servicios de atención a clientes, servicios de mantenimiento y conservación de instalaciones...etc.).

La concurrencia de caracteres procedentes de distintos tipos contractuales permite afirmar que la interconexión es un tipo contractual *complejo y sui generis*¹¹⁴. Aunque su contenido integra elementos propios de otros tipos contractuales, que le configuran como un contrato mixto, ostenta una entidad propia. La opción más razonable será la de no pronunciarse expresamente por ninguno de los regímenes supletorios concurrentes y aceptar como tal aquél que mejor se adapte a la prestación considerada, sin perjuicio del necesario respeto a la unidad estructural y teleológica del acuerdo de interconexión¹¹⁵.

A mi juicio, más que definir un tipo contractual al que adscribir el acuerdo de interconexión, conviene adoptar una posición ecléctica basada en el carácter complejo del objeto contractual¹¹⁶. Por el acuerdo de interconexión, ambos operadores se obligan a prestaciones recíprocas de dar, hacer, no hacer y soportar, que han de ser ejecutadas conforme a un principio de mutua cooperación. En consideración a esto, a las diversas categorías de obligaciones nacidas del acuerdo, se ha de aplicar una regulación específica¹. A saber:

i) A la obligación de pago del precio, se aplicarán las reglas del pago del Código Civil (art. 1157 y ss);

ii) La conexión inicial de las redes puede concebirse como una prestación propia del contrato de obra. Los operadores se comprometen a lograr un resultado: la conexión física y funcional de las redes en uno o varios puntos determinados. Subsiguientemente y en tanto sea posible¹¹⁷, será de aplicación el

¹¹⁴ En el mismo sentido, SALGER, “Anlage Anh § 39”, pág. 520.

¹¹⁵ En el mismo sentido MÄRKEL, *Netzzusammenschaltung*, pág. 302.

¹¹⁶ Cfr. *supra* epgr. 2.1.

¹¹⁷ Por todos es conocida la “visión estrecha” de nuestro Código civil al regular el arrendamiento de obra, ya que la mayoría de sus disposiciones se refieren a la construcción de

régimen del contrato de obra de los artículos 1588 y siguientes del Código Civil;

iii) Para las obligaciones relacionadas con el uso de cosas, se aplicarán las normas del arrendamiento de los artículos 1542 y siguiente del Código Civil¹¹⁸. Como es sabido, no existe especial inconveniente en aplicar la normativa del Código sobre arrendamientos rústicos y urbanos a los restantes arrendamientos de cosas, con las correspondientes matizaciones según la naturaleza de su objeto¹¹⁹. Se acudirá a las reglas de las obligaciones genéricas cuando así lo exija la naturaleza de la cosa objeto del arrendamiento¹²⁰;

iv) Las obligaciones relativas al encaminamiento de llamadas, se regirán por las reglas del contrato de transporte. En particular, en lo que se refiere al régimen de responsabilidad previsto en los artículos 355, 359, 361 y 362 Ccom, en ausencia de pacto de las partes¹²¹;

v) Al resto de obligaciones -incluida la de encaminamiento, en lo que no pueda ser aplicado el régimen del contrato de transporte-, se aplicarán las

edificios (vid. por todos DIEZ-PICAZO, *Sistema de Derecho Civil*, II, pág. 433).

¹¹⁸ En cuanto cesión de uso de capacidad portadora cabría la aplicación analógica del RD 1558/1995, de 21-9-1995, por el que se aprueba el Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio Portador de Alquiler de Circuitos (BOE núm. 248, de 17-10-1995). Sin embargo, la aplicación de este Reglamento no es excesivamente útil. Ya que el mismo más que regular la relación contractual entre los operadores (ej. plazo del contrato, forma de pago, régimen de responsabilidad...etc), se refiere a cuestiones que o bien son irrelevantes para la interconexión o bien aparecen expresamente reguladas en su normativa específica. Algunas de tales cuestiones son la oferta mínima de circuitos que han de ofrecer los operadores dominantes (art. 18 RAC), la intervención de la Administración en la aprobación y modificación del contrato-tipo (art. 13 RAC) o la suspensión de la conexión por iniciativa del operador sólo en casos de emergencia y cuando no pueda intervenir la Administración (art. 10 RAC).

¹¹⁹ Por todos, DIEZ-PICAZO, *Sistema II*, pág. 360.

¹²⁰ DIEZ-PICAZO, *Sistema, II*, pág. 366. Siguiendo a LACRUZ, muchas de las reglas aplicables previstas en el CC para los arrendamientos de inmuebles (Título VI, Libro IV, Capítulo I, "disposiciones generales") son aplicables con carácter general a cualquier arrendamiento, acudiendo a las reglas de las obligaciones genéricas cuando así lo exija la naturaleza de la cosa objeto del arrendamiento (*Elementos, II*, V. 2º, Barcelona, 1995, pág. 149, en nota a pie).

¹²¹ La aplicación de las normas del contrato de transporte en estos supuestos encuentra un importante obstáculo: al regular el transporte mercantil de cosas, el CCom está pensando en mercaderías, en el sentido de cosas muebles. Por ello, no es posible una aplicación indiscriminada de sus reglas a la interconexión. Pero salvando esta dificultad, como ya se ha justificado, existe una identidad de razón entre ambos tipos de transporte.

normas del arrendamiento de servicios.

Con todo, dada la insuficiente regulación del contrato de obra en el Código Civil, principalmente orientado a la obra inmobiliaria, la parquedad con la que el CC regula el régimen de los arrendamientos de cosas muebles y la ausencia de un modelo legal de referencia en el Derecho Común para la prestación de servicios, acudir a cualquiera de estas instituciones para resolver las cuestiones no contempladas en el acuerdo de interconexión resulta poco satisfactorio. De mayor interés resulta considerar que el acuerdo estará sometido a las reglas generales de las obligaciones de dar, hacer o no hacer. Y en todo caso, la interpretación de estas reglas habrá de realizarse en la forma más acorde con el principio de cooperación que rige la relación contractual de interconexión.

3. PECULIARIDADES DE LA NEGOCIACIÓN DEL ACUERDO GENERAL DE INTERCONEXIÓN.

3.1. Introducción.

En la celebración de acuerdos de interconexión, la fase precontractual tiene especial significación. Y es que desde esta perspectiva, el acuerdo de interconexión es un *contrato de formación sucesiva*. El Acuerdo General de Interconexión integra los diversos acuerdos parciales a los que las partes han llegado durante la fase previa a la formalización (confidencialidad, servicios a prestar, precio, despliegue y ubicación de puntos de interconexión...etc).

La normativa sectorial regula con cierto detalle algunos de los actos precontractuales (v.gr. arts. 11 y 12 RIN, para la OIR). Existen ciertos aspectos sobre los que se plantean numerosas incógnitas, tales como la naturaleza jurídica de la OIR; los efectos del transcurso del plazo estipulado para la negociación de los acuerdos de interconexión o el valor de los acuerdos parciales de interconexión en la reglamentación de la relación de interconexión. A estas

dificultades se unen los problemas derivados de la intervención de la CMT en la negociación de los acuerdos de interconexión. En las páginas que siguen se analizarán algunas de estas cuestiones que atañen a la fase previa a la perfección o formalización de un Acuerdo General de Interconexión (en adelante, AGI o acuerdo de interconexión).

3.2. Intervención de la CMT en el proceso de negociación.

La CMT puede intervenir en el proceso de negociación de los acuerdos de interconexión, adoptando distintos grados de protagonismo en función de la limitación a la autonomía de la voluntad de las partes resultante de dicha intervención. De menor a mayor, las modalidades de intervención son: *i*) intervención como mero asesor en las negociaciones; *ii*) intervención a instancia de cualquiera de las partes cuando existan discrepancias sobre alguno de los puntos a negociar; *iii*) intervención de oficio, a instancia de parte o de los usuarios cuando no se hayan interconectado las redes, ni exista voluntad de negociar el correspondiente acuerdo de interconexión.

A las dos últimas intervenciones me referiré con mayor detalle. Respecto a la función de asesoramiento en la negociación, baste indicar que la CMT está habilitada para resolver las consultas que puedan formularle los operadores de redes y servicios de telecomunicación, así como las asociaciones de consumidores y usuarios [art. 29.2.a) RCMT]. Las consultas pueden referirse a cuestiones generales¹²² o a cuestiones puntuales planteadas en el proceso de negociación de

¹²² V. gr. decisiones de la CMT de 12-11-1998, consulta realizada por *CYC Telecomunicaciones Madrid, S.A.*, sobre puntos de interconexión; de 17-12-1998, consulta planteada por *Lince Telecomunicaciones, S.A.* relativa a la obligación de comunicación a la Comisión de los acuerdos de interconexión con operadores titulares de redes privadas; de 11-3-1999, de contestación a las consultas realizadas por *Esprit Telecom de España, S.A.* y *RSL Communications Spain S.A.* sobre los plazos relativos a los puntos de interconexión en la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica, S.A.; de 15-4-1999, de contestación a la consulta formulada por *Telefónica Servicios Móviles, S.A.*, en relación con la comunicación a las entidades interesadas en la numeración asignada a esta compañía; de 9-6-1999, contestación a las consultas formuladas por *Uni 2*, *RSLCom* e *Interterminal* sobre implantación de puntos de interconexión, concepto de transporte real y eficiente, y régimen de prestaciones y contraprestaciones en los servicios que involucra la interconexión.

un determinado acuerdo de interconexión¹²³. La resolución de la consulta carece *per se* de valor vinculante para los operadores. Pero, previsiblemente, la CMT impondrá su respuesta como contenido de un acto administrativo vinculante en sede de resolución de conflictos de interconexión [arts. 1.Dos.2.e) Ley 12/97 y 25 LGT], si el apartamiento es unilateral¹²⁴, o como modificación de las condiciones pactadas por los contratantes, si del apartamiento consensuado derivan prácticas contrarias a la competencia o perjuicios para la interoperabilidad de los servicios (art. 22.2.II LGT).

Varios preceptos de la normativa sectorial habilitan a la CMT para la resolución vinculante de conflictos planteados en la fase anterior a la formalización de los acuerdos de interconexión [arts. 9.3, 9.5 y 9.6 Directiva de interconexión, 1.Dos.2.e) Ley 12/1997, 19.2 RCMT, 22.3 LGT, 2.2 y 2.6 RIN]. Además, esta intervención se contempla expresamente en el art. 25 LGT. En su redacción original, el artículo 25 LGT no contemplaba los conflictos referentes a la negociación de acuerdos de interconexión. El precepto se refería exclusivamente a los conflictos derivados de la interpretación y ejecución de los acuerdos de interconexión y de los producidos por el acceso a redes. Es la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, la que acomete esta “ampliación” del ámbito competencia de la CMT.

No obstante, dicha ampliación no es tan relevante como pudiera parecer. Ya antes de la reforma la CMT resolvía conflictos generados en la negociación de acuerdos de interconexión. Justificaba su competencia en otras normas sectoriales [arts. 1.Dos.2, e) y también letra i) LLT, 19.2 RCMT, 2.6 RIN], así como en una

¹²³ V.gr.el acuerdo del Consejo de la CMT, de 28-1-1999, por el que se aprueba la contestación a la consulta formulada por *BT Telecomunicaciones, S.A.* en relación con la determinación de la fecha exacta en la que el acuerdo de interconexión con *Telefónica* debe estar formalizado.

¹²⁴ Cfr. la decisión de la CMT de 4-3-1999, de contestación a la consulta formulada por el operador de cable *Cabletelca, S.A.* en relación a la aplicabilidad de la OIR como marco vinculante para sus negociaciones y acuerdo de interconexión con *Telefónica S.A.* y Res. de 29-7-1999, sobre la solicitud de intervención planteada por *Cabletelca S.A.* en relación con la conclusión de su acuerdo general de interconexión con *Telefónica* en condiciones OIR.

interpretación amplia de los arts. 22.3 y 25 LGT y de sus equivalentes en el RIN o incluso en el artículo 9.3 de la Directiva de interconexión¹²⁵. Más que una “ampliación” de competencias, se trata de una “clarificación” de las mismas. La “pacífica” tramitación parlamentaria de la reforma del precepto corrobora esta interpretación¹²⁶. El legislador sólo ha querido “clarificar” la normativa sobre resolución vinculante de conflictos de interconexión por la CMT, pero no atribuir *ex novo* una potestad que la Comisión ya ostentaba.

Los conflictos en la negociación de los acuerdos de interconexión pueden presentar dos modalidades: ausencia de interconexión por el desinterés de ambas partes o por la negativa de una de ellas a negociar, ya sea manifestada expresamente o encubierta bajo una actitud obstaculizadora de las negociaciones y conducente a la ruptura de las mismas; o ausencia de interconexión por discrepancias planteadas en el proceso de negociación, que ralentizan su éxito y la formalización del acuerdo de interconexión, pero no lo convierten en inviable. A continuación se examinan las características de la intervención de la CMT en ambos casos.

¹²⁵ Cfr. Res. CMT de 11-2-1999, expte. ME 7-99 COLT, relativa a la adopción de medidas cautelares en el expediente abierto en relación con la solicitud de intervención presentada por Colt Telecom España, S.A. en el conflicto suscitado sobre la interconexión entre la red de dicha entidad y la de Telefónica de España, S.A. Sus términos no deja lugar a dudas: “...la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en aras a la salvaguarda de la competencia, interviene *no sólo cuando se produce el conflicto sobre el alcance e interpretación de un acuerdo de interconexión*, a instancia de una de las partes, o cuando la interconexión no se desarrolla como debiera, *sino cuando no se llega siquiera a producir un acuerdo de interconexión* porque las partes fracasan en el intento” (apdo. II). Otros ejemplos son: res. de 13-5-1999 que pone fin al procedimiento anterior (apdo. II); de 8-4-1999, expte ME 510-99 RSL, sobre el expediente abierto en relación con el conflicto suscitado entre RSL Communications Spain, S.A. y Telefónica, S.A. concerniente a la constitución de los primeros puntos de interconexión entre las redes de las dos operadoras (apdo. II); de 29-4-1999, expte. ME 1999-610 BT, para adoptar medidas cautelares en el procedimiento abierto en relación con la solicitud de intervención presentada por BT Telecomunicaciones, S.A. en relación con el conflicto suscitado sobre la interconexión entre su red y la de Telefónica, S.A. (concr. apdo. II).

¹²⁶ La redacción del art. 25 LGT dada en el Proyecto de Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, presentado por el Gobierno el 22 de Noviembre de 2000 (expte. en el Congreso 121/000017) se mantuvo intacta a lo largo de toda su tramitación parlamentaria, siendo finalmente aprobada por el Pleno del Congreso el 13 de diciembre de 2000 en términos idénticos a los del citado Proyecto.

A) *Resolución de conflictos puntuales en la negociación de acuerdos viables*

A.1. *Objeto de la intervención.*

Corresponde aquí analizar el supuesto en el que iniciada la negociación del acuerdo de interconexión y ante las discrepancias sobre alguno de los extremos del contenido del futuro acuerdo, cualquiera de las partes solicita la intervención de la Comisión¹²⁷. A diferencia del supuesto de hecho previsto en el artículo 22.3 LGT, objeto del epígrafe siguiente, no existe una ruptura de las negociaciones, de forma que la formalización del acuerdo de interconexión se haya hecho inviable.

No obstante, la CMT ha interpretado en términos amplios el artículo 22.3 LGT. Apela a este precepto tanto para resolver conflictos puntuales en acuerdos aún viables, como para justificar su intervención en caso de ruptura de las negociaciones con la subsiguiente imposibilidad de lograr el acuerdo de interconexión¹²⁸. Aunque la Comisión no lo ha manifestado expresamente, de sus resoluciones se deduce que las posibilidades “de acuerdo” a las que se refiere el precepto no son sólo de acuerdo general de interconexión. Incluye también el “acuerdo” sobre los distintos contenidos del mismo.

¹²⁷ Ilustra sobre el supuesto ahora contemplado el apartado tercero de los antecedentes de hecho de la resolución de 29-4-1999, *BT-Telefónica*, que indica: “En el caso que nos ocupa, al decir de la solicitante o demandante, *el único escollo que impide a las partes el alcanzar un Acuerdo General de Interconexión satisfactorio* es la determinación de los precios a satisfacer por *Telefónica* a *BT Tel* por los servicios de interconexión que esta le prestaría...”; en términos similares, apdo. II res. de 20-7-2000, *Airtel-RSLCOM*.

¹²⁸ V.gr. res. de 29-7-1999, *RSLCOM-Telefónica*, la CMT afirma que “de la documentación remitida por RSLCOM, *parece que prácticamente todo el contenido del AGI ha sido ya tratado* por las partes, quedando únicamente en litigio los cuatro aspectos recogidos en el punto Tercero.2) de los ‘Antecedentes de Hecho’ del presente documento. Así pues, fiel al principio de mínima intervención de esta Comisión en la negociación de los AGIs, es aconsejable respetar en la medida de lo posibles las condiciones alcanzadas por las partes en los restantes aspectos del acuerdo, y proceder, *de acuerdo a lo establecido en el artículo 22.3 de la Ley General de Telecomunicaciones*, a fijar las condiciones de interconexión únicamente en los citados aspectos de discrepancia entre las partes, exigiendo como consecuencia de tal fijación la interconexión efectiva entre las redes”. Idéntica fundamentación se recoge en la res. de 20-7-2000, *Airtel-RSLCOM*.

Al margen de esta ampliación del ámbito de aplicación del artículo 22.3 LGT, sirven de fundamento jurídico a esta intervención de la CMT los artículos 9.3 y 9.5 Directiva 97/33, 1.Dos.2.e) Ley 12/1997, art. 25 LGT, en su nueva redacción dada por la Ley 14/2000, 2.6 RIN. y 19.2 RCMT.

Ante una discrepancia en la negociación y a fin de alcanzar la interconexión efectiva con la mayor inmediatez, uno de los operadores acude a la CMT para que ésta resuelva sobre el punto controvertido. Por esta vía se han resuelto conflictos relativos al proyecto técnico de constitución de los puntos de interconexión, los precios de interconexión o los servicios de interconexión ofrecidos¹²⁹. Es indiferente que el disenso recaiga sobre elementos esenciales del acuerdo de interconexión (v.gr. servicios de interconexión o precio) o sobre otros elementos del acuerdo (v.gr. localización de puntos de interconexión, realización de pruebas de interoperabilidad).

A.2. *Inicio del procedimiento.*

Algunos de los preceptos del Derecho positivo, que regulan esta participación activa de la CMT en el proceso de negociación de los acuerdos de interconexión, suscitan dudas acerca de la posibilidad de una intervención de oficio de la Comisión: los artículos 1.Dos.2.e) de la Ley 12/1997 y 9.3 de la Directiva 97/33/CE abogan por una respuesta afirmativa¹³⁰, mientras que el artículo 19.2 RCMT y 9.5 de la misma Directiva se refieren expresamente a la intervención de la CMT “a petición de cualquiera de ellas” (partes).

¹²⁹ Cfr. Resoluciones de la CMT de 8-4-1999, sobre el expediente abierto en relación con el conflicto suscitado entre *RSL Communications Spain, S.A.* y *Telefónica, S.A.* concerniente a la constitución de los primeros puntos de interconexión entre las redes de los dos operadores; de 29-4-1999, para adoptar medidas cautelares en el procedimiento abierto en relación con la solicitud de intervención presentada por *BT Telecomunicaciones, S.A.* en relación con el conflicto suscitado sobre la interconexión entre su red y la de *Telefónica, S.A.*; de 20-7-2000, sobre conflicto de interconexión entre *Airtel* y *RSLCom* por la firma del Acuerdo General de Interconexión.

¹³⁰ El artículo 1.Dos.2.e de la Ley 12/1997 no exige la petición de parte instando la intervención de la CMT y el artículo 9.3 de la Directiva prevé expresamente la intervención de oficio: “[...] las autoridades nacionales de reglamentación podrán intervenir, por propia iniciativa y en cualquier momento, y tendrán obligación de hacerlo a petición de cualquiera de las partes,...”.

Las dificultades prácticas de la CMT para acceder al contenido de las negociaciones¹³¹ y sobre todo, la primacía de la libertad negociadora de las partes, obliga a rechazar una intervención de oficio de la CMT en estos supuestos. La CMT ha declarado la conveniencia de que la intervención del regulador en estos casos “sea lo menos intrusiva posible y totalmente respetuosa con el principio de primacía de la negociación entre las partes”¹³². Aceptar una intervención de oficio iría en contra de ese principio de intervención mínima. Una vez formalizado el acuerdo y comunicado a la CMT (art. 22.6 LGT), de modo excepcional, ésta podrá exigir a los afectados la modificación de ciertas condiciones (art. 22.2.II). Pero en un proceso normal de negociación (a pesar de las discrepancias puntuales, las partes consienten la interconexión y pretenden reglamentar la relación jurídica), se descarta la intervención de la CMT imponiendo condiciones de interconexión *a priori*¹³³ y de oficio. Rige el principio de rogación, de forma que *la solicitud del particular (o de los particulares) es presupuesto necesario de la incoación del procedimiento*.

¹³¹ En principio, las negociaciones permanecen en la esfera de las relaciones empresariales privadas. A diferencia de lo que ocurre con la solicitud de uso compartido de infraestructuras [cfr. art. 50.2.a) RSU], las partes no han de notificar a la CMT la solicitud de inicio de las negociaciones. Ni tampoco la evolución de las mismas. La obligación de las partes se reduce a comunicar a la CMT los acuerdos ya formalizados (arts. 22.6 LGT y 2.7 RIN). Su facultad de “requerir a los afectados el contenido íntegro de todos los acuerdos de interconexión” (art. 2.7 RIN) se refiere únicamente a los acuerdos formalizados. No obstante, la CMT podrá recabar de las entidades que operan en el mercado cuanta información sea necesaria para el ejercicio de sus funciones (art. 30 Reglamento CMT). El incumplimiento por los operadores de este deber se tipifica como una infracción leve (art. 81 LGT), que de ser reiterado constituye una infracción muy grave (art. 79.17 LGT).

¹³² Resolución de 29-4-1999, *BT-Telefónica*. En los fundamentos de derecho de la misma, la Comisión explica que imponiéndoseles a los operadores la obligación (más propiamente, carga) de negociar la interconexión y estando previsto que en los casos en los que no se alcancen los acuerdos en cierto plazo, o en los que se hayan agotado las posibilidades de negociación, “la CMT puede y debe intervenir para que ésta se produzca”. Sin embargo -continúa la CMT- “este tipo de intervención debería ser la solución de último recurso. Previamente debe sondearse la posibilidad de que la CMT, *a demanda de parte*, lleve a cabo intervenciones puntuales, proporcionadas y discretas, siempre con el objetivo de avanzar en las negociaciones o ayudar a su culminación, y todo ello sin que obligadamente, como sería el caso de la solución de último recurso, haya que partir de cero -esto es, como si las partes no hubieran avanzado nada en las negociaciones antes de presentar el conflicto ante la CMT -y viéndose obligado el regulador a dictar sobre todos los aspectos del Acuerdo”. Vid. también res. CMT de 20-7-2000, *Airtel-RSLCOM*.

¹³³ Cfr. VÁZQUEZ LÉPINETTE, T., *La obligación de interconexión*, págs 169-170.

A diferencia de otros ordenamientos, la normativa española no establece requisitos formales específicos para el inicio del procedimiento¹³⁴. Serán de aplicación las normas generales sobre procedimiento administrativo contenidas en los artículos 68 a 73 de la Ley 30/1992 (art. 2 RCMT). Según la citada Ley, la solicitud de inicio del procedimiento habrá de contener los mínimos requisitos formales exigidos por su artículo 70.1. Se suele acompañar de una descripción del proceso de negociación, que normalmente incluye actas de las reuniones, copia de los preacuerdos ya adoptados, indicación de los puntos controvertidos, una propuesta sobre los extremos objeto del conflicto y otros elementos, en función de la cuestión debatida (ej. estudios sobre costes). La solicitud de inicio del procedimiento por el interesado constituirá a la CMT en la obligación de resolver en el plazo máximo de seis meses (art. 25 LGT). Si la solicitud presentara defectos formales, la CMT concederá un plazo para su subsanación (art. 71.1 y 2). También podrá conceder discrecionalmente un plazo para la mejora voluntaria de la solicitud (art. 71.3).

Por lo general, la intervención de la CMT se produce a instancia de uno de los operadores¹³⁵. Nada obsta para que ambas partes, de mutuo acuerdo, se sometan a la determinación vinculante por la CMT de condiciones contractuales. Pero, como explicaré a continuación, en tal caso la CMT no interviene en ejercicio de su función pública de resolución de conflictos, sino como “arbitrador” o tercero al que los contratantes encomiendan la fijación de algún elemento del

¹³⁴ Sí se establecen requisitos de la solicitud en los ordenamientos alemán y argentino. El § 9 (2) de la Ordenanza alemana de interconexión dispone: “Die Anrufung muß schriftlich erfolgen; sie muß begründet werden. Insbesondere muß dargelegt werden, wann die Zusammenschaltung und welche Leistungen dabei nachgefragt worden sind und bei welchen Punkten keine Einigung erzielt worden ist”; el artículo 7 del Reglamento de interconexión argentino establece: “El prestador que solicite la intervención de la Autoridad de Aplicación deberá detallar las características y los antecedentes de su propuesta de interconexión, especificando los puntos controvertidos o hechos que se denuncian. En esta instancia, los prestadores deberán aportar además, todas las pruebas y antecedentes, que hagan al sustento de su posición, incluyendo los precios propuestos con su fundamentación”.

¹³⁵ Cfr. resoluciones de la CMT de 29-4-1999 (*BT Telecomunicaciones, S.A.-Telefónica, S.A.*); de 8-4-1999 (*RSL Communications Spain, S.A. y Telefónica, S.A.*). Certeramente señala VÁZQUEZ LÉPINETTE que la falta de voluntariedad de ambas partes en la sumisión a la Comisión impide la aplicación (siquiera analógica) del art. 1447 y sus consecuencias (ineficacia del contrato, cuando el tercero no cumpla el encargo de los contratantes) (*La obligación de interconexión*, pág. 167).

acuerdo de interconexión, sobre el que ellos no logran el consenso.

A.3. *Naturaleza jurídica.*

La CMT actúa en ejercicio de una función pública de resolución vinculante de conflictos entre particulares [1.Dos.2.e) Ley 12/1997, art. 25 LGT]. Es un mecanismo de heterocomposición de conflictos, cuya resolución se encomienda a un órgano de los que forman la denominada Administración Independiente y al que se le encomienda la *función reguladora* sobre el mercado de las telecomunicaciones¹³⁶.

Esta intervención presenta una *naturaleza jurídica híbrida*, adoptando simultáneamente cualidades propias del Derecho público y del Derecho privado: de un lado, la actuación se desarrolla conforme a un procedimiento administrativo, la solución final es el contenido de un acto administrativo que pone fin a la vía administrativa, es recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa (arts. 1.Ocho Ley 12/1997 y 3 RCMT) y su incumplimiento constituye una sanción administrativa muy grave (art. 79.15 LGT); del otro, el procedimiento se inicia a petición de parte, su objeto se limita a las cuestiones sometidas a su conocimiento, la resolución final integra el contenido del contrato privado celebrado entre los operadores, su infracción constituye un incumplimiento contractual y su cumplimiento se tutela no sólo en vía administrativa, sino también ante la jurisdicción civil¹³⁷. Empleando la base terminológica proporcionada por algún autor (aunque invirtiendo sus términos), podría calificarse esta intervención como “ejercicio público de funciones privadas”¹³⁸. Es posible hablar del ejercicio de una función privada (fijación del

¹³⁶ Esta “función reguladora” ha de entenderse en términos amplios comprensivos de todas las funciones de la CMT: normativa, consultiva, sancionadora, de salvaguarda de la competencia en el mercado; de otorgamiento de títulos habilitantes para operar en el sector, de resolución de conflictos entre operadores y de garantía de la prestación del servicio universal.

¹³⁷ V. *supra* 2.2, epgrs. C.2 y D).

¹³⁸ ZANOBINI ya en 1920 habló de “ejercicio privado de funciones públicas” (cfr. SAINZ MORENO, “Ejercicio privado de funciones públicas”, *RAP*, núms. 100-102, 1983). La misma

contenido contractual), a través de cauces de Derecho público (la resolución vinculante de conflictos conforme a un procedimiento administrativo).

Como ya he apuntado, en el caso de que ambas partes se sometieran a la CMT para que determine las condiciones contractuales, la CMT no ejerce una función pública, sino una función privada de fijación del contenido contractual por el arbitrio de un tercero y como tal, sometida a las reglas previstas por el Código Civil para estos supuestos (arts. 1447 y 1690 CC)¹³⁹.

Ni siquiera hipotéticamente cabe pensar en un supuesto en el que los operadores que no se ponen de acuerdo en la determinación del contenido contractual, se pongan de acuerdo en acudir a un procedimiento administrativo, que se resuelve por un acto administrativo (ejecutivo), recurrible sólo ante la jurisdicción contencioso-administrativa (lo que promete una importante dilación temporal) y en el que el órgano administrativo resuelve principalmente en atención al interés público y sólo tangencialmente atiende al interés individual de los operadores (cfr. art. 2.6 RIN)¹⁴⁰.

A la falta de viabilidad práctica de esta opción (mutuo acuerdo para la sumisión de la cuestión a la intervención pública de la CMT), se une un argumento de Derecho positivo. Y es que el art. 1.Dos.2.e) LLT atribuye a la CMT la función de resolver de forma vinculante los conflictos que se susciten entre operadores en materia de interconexión “si los obligados a permitirla no lo

calificación se ha aplicado a la función arbitral de la CMT, función desprovista de carácter público, a través de la cual se resuelven controversias de trascendencia pública (MERINO MERCHÁN, J.F. Y PÉREZ-UGENA COROMINA, “Función arbitral de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones” en MERINO-MERCHÁN, J.F. Y PÉREZ-UGENA COROMINA, M. (Coordinadores), *Régimen de las telecomunicaciones*. Tecnos. Madrid, 1998, págs. 89-118, concr. pág. 110).

¹³⁹ En el Ordenamiento alemán se prevé expresamente esta posibilidad. El § 8 NVZ establece: “Bei Streitigkeiten *im Rahmen von Verhandlungen* über Vereinbarungen über besondere netzzugänge, an denen ein Betreiber nach § 35 Abs. 1 des Gesetzes beteiligt ist, können *die Beteiligten gemeinsam* die Regulierungsbehörde zur Schlichtung anrufen. Die Regulierungsbehörde *entscheidet unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen über das Anrufungsbegehren*” (el subrayado es mío).

¹⁴⁰ V. Cap. IV, 2.1.B.

hicieren voluntariamente, o *si no llegaren los interesados a un acuerdo satisfactorio sobre la forma y condiciones en que aquélla deba llevarse a efecto*". Conforme al tenor literal del precepto, la intervención administrativa se supedita a que los interesados no "lleguen a un acuerdo". No concurre este supuesto de hecho en el caso ahora considerado, en el que los operadores sí han llegado a un acuerdo sobre la forma y condiciones en las que la interconexión deba a llevarse a efecto. Tales condiciones son las definidas por la CMT (junto a las acordadas por los mismos operadores). Falta, por tanto, el presupuesto material de la intervención administrativa, esto es, "el conflicto" que impide o dificulta la interconexión material de las redes.

Tampoco ejerce la CMT en el supuesto ahora considerado (sumisión de mutuo acuerdo) su función arbitral [arts. 1.Dos.2.a) LLT y 6 a 18 RIN]¹⁴¹. No resuelve una cuestión litigiosa, sino que en su condición de órgano técnico y conocedor del sector y porque los operadores así lo han acordado completa o define alguno de los elementos del futuro acuerdo de interconexión¹⁴². Actúa como un "arbitrador" o árbitro oficioso (art. 3.2 LA)¹⁴³, cuya decisión es

¹⁴¹ La función arbitral de la CMT será analizada en el Cap. IV, epgr. 2.2.

¹⁴² Aunque se viene hablando de resolución de "conflictos" de negociación, ha de ser interpretado este término en un sentido amplio: las partes no se ponen de acuerdo sobre la reglamentación que han de dar a determinado extremo de la relación jurídica de interconexión. Pero no discrepan sobre derechos y deberes ya nacidos. La cuestión sobre la que resuelve la CMT no es litigiosa, aunque puede ser conflictiva [cfr. CAPILLA RONCERO, "Artículo 1690" en ALBADALEJO, M. Y DÍAZ-ALABART, S. (Directores), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXI, Vol. 1º. EDERSA, 1986, págs. 387-407, conr. págs. 392 y 393); GARCÍA CANTERO, G., "Artículos 1447 y 1448" en ALBADALEJO, M. Y DÍAZ-ALABART, S. (Directores), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XIX, 2ª Edic. EDERSA, 1991, págs. 43-56, conr. pág. 49]. Estas cuestiones "conflictivas" pero no litigiosas no han de ser resueltas conforme a las previsiones de la Ley de Arbitraje (V. REGLERO CAMPOS, L.F., *El Arbitraje. El convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de diciembre de 1988*. Montecorvo. Madrid, 199, págs. 141 a 146). Respecto a la distinción entre arbitraje y arbitrio de terceros, es clásica la cita a la obra de DIEZ-PICAZO, L., *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*. Bosch. Barcelona, 1957, conr. págs. 59 a 81.

Con todo, ha de tenerse en cuenta la posición de ciertos sectores de la doctrina que consideran que más allá de los argumentos dogmáticos aportados por la doctrina tradicional con fundamento en la derogada Ley de Arbitraje de 1953, no hay razón para considerar que estas cuestiones conflictivas (y no litigiosas) en sentido estricto no puedan someterse al arbitraje formal, siempre que las partes lo acuerden (cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Artículo 1 LA", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, dirigidos por él mismo. Tecnos. Madrid, 1991, págs. 17-30, conr. págs. 25 a 30).

vinculante por la eficacia de los contratos (arts. 1091 y 1255 CC)¹⁴⁴.

La CMT no actúa como “arbitrador” cuando interviene en ejercicio de su función pública de resolución de conflictos. Su decisión no tiene sólo la eficacia propia de los contratos, sino también la de los actos administrativos. Es ejecutiva y vincula a los operadores no sólo en cuanto forma parte del contrato, sino en cuanto que procede de un ente dotado *de imperium* que dicta un acto administrativo válido¹⁴⁵.

En definitiva, a través de un procedimiento administrativo y del correspondiente acto administrativo, la CMT realiza funciones negociales que corresponderían a las partes.

A.4. Resolución.

La decisión de la CMT es un acto administrativo que pone fin al procedimiento y que se incorpora al acuerdo que, en su caso, alcancen los operadores e integra su contenido, junto al resto de elementos libremente negociados. La integración se produce con carácter dispositivo, en los términos arriba descritos¹⁴⁶. Es decir, los operadores podrán acordar un contenido distinto al dispuesto por la CMT, sin que ésta sancione este apartamiento consensuado y tampoco exija la modificación de las condiciones pactadas discrepantes con la resolución. El contenido de la resolución es una reglamentación subsidiaria para el caso de que las partes no cumplan la carga de negociar y lograr acuerdos

¹⁴³ V. LÓPEZ Y LÓPEZ, A., “Artículo 1447”, en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia. Madrid, 1993, Tomo II, págs. 890 y 891; PAZ-ARES, C., “Artículo 1690”, en la misma obra que se acaba de citar, págs. 1441-1443.

¹⁴⁴ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Artículo 3 LA”, en la obra dirigida por él *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, págs. 47-53, concr. pág. 53.

¹⁴⁵ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Artículo 1 LA”, págs. 25-30. El autor se refiere a las diferencias entre el tercero que “completa el contrato” (arts. 1447 y 1690 CC) y el árbitro que resuelve una cuestión litigiosa. Salvando las distancias, las mismas diferencias son aplicables a la resolución pública de conflictos por la CMT y a su intervención en cuanto tercero al que los operadores de mutuo acuerdo encomiendan la fijación de algún elemento contractual.

¹⁴⁶ V. supra 2.2, epgr. C.2.

autónomamente. Se manifiesta así la naturaleza híbrida de esta intervención administrativa.

He de insistir aquí en que sólo será aplicable este régimen cuando concurren dos requisitos: que el apartamiento sea voluntariamente acordado por los dos operadores implicados y que no suponga un perjuicio para el interés público (v.gr. posposición injustificada de la conexión).

Es frecuente que la resolución final de este tipo de procedimientos contenga la imposición del “deber de firmar” el acuerdo ya consensuado por los operadores y de adoptar como contenido del mismo, respecto al punto controvertido, la solución dada por la Comisión¹⁴⁷. A pesar del tenor literal de estas resoluciones, lo que se impone a los operadores es la “carga” de firmar el acuerdo por ellas consensuado¹⁴⁸. Ello entraña la posibilidad de discrepar, negociar y llegar a consensuar un contenido distinto. Si las partes no firman el acuerdo, la CMT no impondrá por la vía de ejecución forzosa de los actos administrativos la firma del acuerdo. Pero sí podrá imponer por la misma vía el cumplimiento de las condiciones consensuadas por los operadores. No porque éstos hayan firmado un acuerdo, ni porque la CMT imponga un contrato forzoso, sino porque el “deber” de firma del acuerdo conlleva la “calificación” de las condiciones consensuadas como contenido de un acto administrativo. Se elevan las condiciones acordadas a la categoría de contenido de un acto administrativo, cuyo contenido es exigible a los operadores no como contratantes, sino como destinatarios de un acto administrativo.

La intervención de la Comisión se reducirá estrictamente a los puntos en

¹⁴⁷ V.gr. Res. de 20-7-2000, *Airtel-RSLCOM* en la que la CMT además de fijar los precios por los servicios de interconexión prestados por *Airtel a RSLCOM* y establecer un plazo para que la interconexión entre las redes de ambos operadores esté operativa, resuelve “establecer un plazo de diez días, a contar desde el día siguiente a la notificación de esta medida, para que las partes firmen el correspondiente acuerdo general de interconexión, cuyas condiciones serán las ya acordadas por las partes, salvo en lo referente a los precios de los servicios de terminación en la red de *Airtel...*”; en similares términos la ya criticada (cfr. *supra* nota a pie) Res. de 29-4-1999, *BT-Telefónica*.

¹⁴⁸ V. Cap. II, epgrs. 2.2 y 2.5.

conflicto. El objeto de la controversia queda definido por la solicitud del interesado. Sin perjuicio de su facultad excepcional para exigir la modificación de condiciones contractuales una vez formalizado y comunicado el acuerdo (art. 22.2 LGT), la Comisión respetará los acuerdos a los que ya hayan llegado las partes¹⁴⁹. No se trata de imponer condiciones *ex novo*, sino de resolver las controversias planteadas por los operadores¹⁵⁰. Ello obligará a tener en consideración las propuestas de éstos, formuladas en un proceso sometido al principio de contradicción. Sólo en supuestos excepcionales y para la salvaguarda de los intereses públicos, la Comisión podrá apartarse de tales propuestas¹⁵¹.

En la resolución de los conflictos relativos a la interconexión -también los que se refieran a la fase de negociación y versan sobre cuestiones puntuales-, la CMT habrá de atender a los criterios previstos en el artículo 2.6 RIN. Todos ellos están más relacionados con el interés público en la interconexión que con los intereses privados de los operadores (v.gr. interés del usuario, conveniencia de fomentar ofertas innovadoras en el mercado y de dotar a los usuarios de una amplia gama de servicios, promoción de la competencia...etc). Naturalmente, dada la trascendencia privada de esta actuación, creo que no hay obstáculo para que la

¹⁴⁹ Así lo manifiesta expresamente la CMT en su resolución de 29-4-1999, por la que se establecen las condiciones del Proyecto Técnico para el establecimiento de los puntos de interconexión entre las redes de *RSL Communications Spain* y *Telefónica*: “Esta Comisión, mediante la presente Resolución se limita a resolver sobre aquellos puntos respecto de los que las partes en conflicto no han llegado al pertinente acuerdo, respetando el contenido de cuantos aspectos relativos al proyecto técnico, han sido finalmente acordados por las partes de común acuerdo. Sobre este último contenido, la presente Resolución no prejuzga el criterio que esta Comisión pudiera mantener con carácter general, dado que el hecho de que se haya llegado finalmente a un acuerdo evita la necesidad de emitir un pronunciamiento al respecto”.

¹⁵⁰ La facultad de la CMT de imponer condiciones de interconexión en un acuerdo concreto se reduce a los supuestos previstos por los artículos 22.3 y 22.2.II LGT. Expresamente se refiere a esta facultad el artículo 22.3 para el caso de inexistencia de interconexión de redes, bien porque las partes no hayan iniciado las negociaciones o bien porque éstas hayan fracasado, desapareciendo las posibilidades de llegar a un acuerdo; el artículo 22.2.II no prevé expresamente la imposición de condiciones pero sí habilita a la CMT para exigir la modificación “del acuerdo”, cuando su contenido pudiera amparar prácticas contrarias a la competencia o resulte preciso para garantizar la interoperabilidad de los servicios. Los términos del precepto permiten entender “modificación” en un sentido amplio comprensivo de la corrección (nueva redacción), exclusión o inclusión de nuevas cláusulas contractuales.

¹⁵¹ VÁZQUEZ LÉPINETTE, *La obligación de interconexión*, págs. 170 y 171. La misma idea se recoge expresamente en el § 9 (3) de la Ordenanza alemana de interconexión: “Im Verfahren nach § 37 Abs. 1 des Gesetzes hat die Regulierungsbehörde die Anrufungsgründe zu beachten”.

CMT tome en consideración también los intereses privados de los operadores, siempre que ello no vulnere el interés público¹⁵².

La fijación por la CMT de la reglamentación controvertida puede constituir el contenido de una medida cautelar tendente a garantizar la eficacia de la solución definitiva de un conflicto de interconexión, cuyo conocimiento ya se ha sometido a la CMT, o del acuerdo final de las partes, si éstas logran alcanzar un acuerdo general de interconexión (arts. 1.Seis Ley 12/1997, 25 LGT, 31 RCMT y 72 Ley 30/1992)¹⁵³.

¹⁵² Esto se prevé expresamente en el Ordenamiento alemán v. § 8 NVZ, cuyos términos literales se han reproducido en la nota 139.

¹⁵³ La CMT ha adoptado medidas cautelares a reserva de un futuro acuerdo de las partes o de un estudio más detallado por parte de la Comisión conducente a una resolución definitiva (v. gr. res. CMT de 29-4-1999, *BT - Telefónica*; de 11-2-1999, *Colt Telecom-Telefónica*, de 13-7-2000, *Lince-Telefónica*). De entre las que se acaban de citar es peculiar la de 29-4-1999, *BT - Telefónica*, en la que se adoptan las siguientes medidas cautelares: a) señalar un plazo de diez días naturales [...] para que *Telefónica* y *BT* firmen un Acuerdo de Interconexión que permita la interconexión efectiva entre sus redes; b) establecer -con carácter provisional hasta tanto la Comisión proceda a su determinación con carácter definitivo- los precios de interconexión para el servicio de terminación de llamadas originadas en la red de *Telefónica* y destino en la red de *BT Telecomunicaciones*”.

No es éste el lugar propicio para criticar la resolución indicada. Pero, dicho sea de paso, es manifiesta su incorrección técnica. La fijación de un plazo para la firma de un contrato no puede constituir el contenido de una medida cautelar. Una medida de tal tipo prejuzga sobre el fondo de la cuestión y vulnera el derecho a la libre negociación de acuerdos de interconexión (art. 22.2 LGT). Es por ello ilícita (cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R FERNÁNDEZ, *Curso,II*, pág. 479). Además, no presenta las cualidades propias de las medidas cautelares y su imposición no asegura la efectividad de la solución definitiva. Algunas razones que apoyan estas afirmaciones son las siguientes: *i*) No se pueden adoptar medidas cautelares que impliquen violación de derechos amparados por las leyes (arts. 72.3 Ley 30/1992 y 31.II RCMT). Desde los inicios de este estudio se viene hablando del derecho de los operadores a negociar y celebrar autónomamente acuerdos de interconexión (art. 22.2 LGT), así como de la imposición a los mismos de la “carga” y no del “deber” de realizar tal comportamiento. Imponer como medida cautelar la firma del acuerdo vulnera este derecho a negociar autónomamente acuerdos de interconexión. En particular, se infringe injustificadamente el principio de integridad de la contratación (son los operadores y únicamente ellos quienes pueden decidir cuando existe una reglamentación contractual completa sobre la que existe consenso); *ii*) Tal medida ni es necesaria para salvaguardar la eficacia de la resolución final, ni existe proporcionalidad entre ella y la solución final. Para garantizar la eficacia de ésta bastaría adoptar otras medidas, como exigir el despliegue de un determinado número de puntos de interconexión en cierto plazo, imponer la utilización provisional de determinados equipos, instar a la habilitación de las redes para que en determinado plazo, la interconexión sea efectiva, imponer la provisión de interconexión para determinado servicio...etc. La medida ahora examinada no supera el juicio de razonabilidad exigible en toda imposición de medidas cautelares (SSTC 31/1981, de 28 de julio; 13/1982, de 1 de abril; 66/1984 y 108/1984, de 26 de noviembre y 22/1985, de 15 de febrero); *iii*) La firma de un contrato prejuzga sobre la solución definitiva. No es sólo anticipo de ésta (cualidad propia de las medidas cautelares para el aseguramiento del cumplimiento de condenas de hacer o no hacer), ni es un simple instrumento que garantice su eficacia, sino que constituye la solución definitiva adoptada por la vía de las medidas cautelares. La resolución definitiva no podrá confirmar o dejar sin efecto la medida. Si, hipotéticamente y en

La resolución también podrá declarar concluso el procedimiento y proceder al archivo del mismo por el desistimiento de las partes, que normalmente, se producirá cuando se haya llegado a un acuerdo sin necesidad de la intervención de la Comisión¹⁵⁴. No se prevé específicamente esta posibilidad en la legislación sectorial, pero sí se deriva del principio de primacía a la libertad negociadora de las partes y de la previsión general de finalización del procedimiento administrativo por desistimiento del interesado (arts. 87.1, 90 y 91 Ley 30/1992)¹⁵⁵.

B) *Intervención en ausencia de interconexión: aplicación del artículo 22.3 LGT*

Antes de examinar el contenido y los presupuestos de aplicación del

ejecución de la medida cautelar, los operadores firmaran el acuerdo, éste sería válido y eficaz desde su firma. Si se entendiera que la eficacia del acuerdo queda subordinada a la futura confirmación por la CMT (condición suspensiva), de nada serviría la cautelar; iv) Por su finalidad, la medida cautelar tiene una vigencia limitada. Sin embargo, el contrato de interconexión (o cualquier otro de ejecución duradera) constituye una reglamentación con vocación de permanencia, su vigencia se prolonga en el tiempo bien con carácter indefinido o bien durante el plazo estipulado por las partes. En el contrato no concurre la cualidad de transitoriedad que acompaña a las medidas cautelares (cfr. art. 72.4 Ley 30/1992); v) La medida consistente en la exigencia de la firma de un acuerdo de interconexión no es susceptible de ejecución forzosa por la Administración. Queda nuevamente al descubierto la ineficacia e inviabilidad de esta medida. La CMT no podrá sustituir la voluntad autónoma de los operadores en la formalización de acuerdos de interconexión. En contra de la voluntad de los operadores, sobre quienes pesa el deber genérico de facilitar interconexión (art. 22.1 LGT), podrá la CMT (también con carácter cautelar) imponer deberes de hacer técnico y una reglamentación sustitutiva a la contractual, lo que no podrá es suplantar la voluntad de los operadores contraria a la formalización del acuerdo. No están éstos obligados a celebrar acuerdos de interconexión y correlativamente, tampoco está la CMT habilitada para exigir el cumplimiento de un deber inexistente.

¹⁵⁴ V. gr. resoluciones CMT de 24-6-1999, en virtud de la cual se procede al archivo del expediente sobre conflicto de interconexión entre *Airtel* y *Telefónica* por la firma del Acuerdo General de Interconexión; de 21-10-1999, en virtud de la cual se declara concluso el procedimiento ME 1999/1244 de resolución de conflicto de interconexión entre *Madritel* y *Telefónica* por desistimiento del interesado; de 16-3-2000, relativa al conflicto de interconexión entre *RSL Communications Spain S.A* y *Telefónica S.A.U* aceptando el desistimiento y declarando concluso el procedimiento; y de 27-4-2000, en virtud de la cual se procede a declarar concluso el procedimiento de resolución del conflicto de interconexión entre *Madritel Comunicaciones, S.A* y *Telefónica de España, S.A.U* por desistimiento del interesado.

¹⁵⁵ El Reglamento de interconexión argentino sí contempla expresamente el desistimiento: “en cualquier momento antes de la decisión definitiva las partes podrán llegar a un acuerdo y desistir de la intervención de la Autoridad de Aplicación” (art. 7 *in fine*); también el § 9 (2) de la Ordenanza alemana de interconexión se refiere a la revocabilidad de la solicitud: “Die Anrufung ist widerrufbar”.

artículo 22.3 LGT, conviene hacer una advertencia sobre la ubicación de su estudio en el epígrafe dedicado a la fase de negociación de los acuerdos de interconexión. Existe una estrecha relación entre negociación de acuerdos de interconexión e intervención de la CMT en el marco del artículo 22.3 LGT: aunque no es imprescindible el inicio de negociaciones y el subsiguiente agotamiento de las posibilidades de llegar a un acuerdo por haber fracasado aquéllas, la negociación sí condiciona la aplicación del precepto en los términos que enseguida se expondrán. Desde esta perspectiva, me parece éste el lugar idóneo para examinar el citado artículo. Pero ello no quiere decir que la intervención de la CMT sustituya a la negociación de los operadores en la consecución de un acuerdo de interconexión. El contenido de la resolución de la CMT dictada conforme al artículo 22.3 LGT no es un acuerdo de interconexión. Es un acto administrativo que impone y en su caso, reglamenta heterónomamente la relación de interconexión entre los operadores. Éstos quedan vinculados a tal contenido no como partes de un contrato, sino como destinatarios de un acto administrativo (sujeción especial a la CMT). Sólo existirá acuerdo de interconexión cuando los operadores consientan en proveerse recíprocamente interconexión (art. 1254 CC). La existencia del acto administrativo dictado al amparo del artículo 22.3 LGT no impide que los operadores negocien y concluyan un acuerdo de interconexión. El acuerdo quedará heterointegrado por el contenido no dispositivo del acto administrativo (art. 1258 CC).

Literalmente dispone el artículo 22.3 LGT: “Del mismo modo [excepcionalmente], cuando los titulares de las redes indicados en el apartado 1 de este artículo [redes públicas de telecomunicaciones] no las hayan interconectado, habiéndose agotado las posibilidades de acuerdo al respecto, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá exigir que se haga efectiva la interconexión y, cuando proceda, establecer las condiciones para la misma. La intervención de la Comisión, en este caso, deberá ser la estrictamente necesaria para conseguir alcanzar el objetivo de proteger los intereses públicos y se realizará de oficio o a instancia de los usuarios y previa audiencia de las partes

afectadas”¹⁵⁶. El precepto ha sido desarrollado por el art. 2.2 RIN que amplía su ámbito subjetivo, incluyendo también a los operadores de servicios y elude la referencia al estado de las negociaciones: “Cuando los titulares de las redes o los operadores de servicios citados en el apartado anterior [redes y servicios públicos de telecomunicaciones] no hayan conectado sus redes, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá en última instancia, exigir que se haga efectiva la interconexión, en los términos previstos en el artículo 22.3 de la Ley General de Telecomunicaciones”.

B.1. Presupuestos de aplicación.

Como en los demás ordenamientos, la regulación española de la interconexión revela la preferencia del regulador por la reglamentación de la relación de interconexión mediante el acuerdo libremente negociado por los operadores (art. 22.2 LGT)¹⁵⁷. Rige en este ámbito el principio de primacía de la negociación libre de las partes. El artículo 22.3 LGT se limita a legitimar la intervención excepcional de la CMT y en lo que sea estrictamente necesaria para proteger los intereses públicos en la interconexión, cuando “los titulares de las redes [...] no las hayan interconectado, habiéndose agotado las posibilidades de acuerdo al respecto”. Conforme al tenor literal de este precepto, los presupuestos que, concurriendo cumulativamente, legitiman la intervención administrativa son: a) la ausencia de interconexión efectiva entre las redes; b) el agotamiento de las posibilidades de lograr el acuerdo de interconexión; c) el interés público en la interconexión.

No obstante, el artículo 2.2 RIN permite cuestionar tal conclusión. En principio, de su redacción literal se deduce que basta la inexistencia de interconexión, al margen de cual sea el estado de las negociaciones, para que quede justificada la intervención de la CMT: “*Cuando los titulares de las redes o los operadores de servicios [...] no*

¹⁵⁶ El texto entre corchetes contiene las referencias a otros apartados del artículo 22 LGT. El artículo 22.3 transpone el artículo 9.6 de la Directiva 97/33/CE, que no prevé la intervención de la ANR a instancia de los usuarios pero sí en su interés.

¹⁵⁷ Cfr. supra epgr. 2.

hayan conectado sus redes, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá, en última instancia, exigir que se haga efectiva la interconexión, en los términos previstos en el artículo 22.3 de la Ley General de Telecomunicaciones”. Forzando la literalidad de precepto, esta última remisión a los términos del artículo 22.3 LGT conduciría a afirmar que en aras de los principio de autonomía de la voluntad y de intervención administrativa mínima, que han de regir la reglamentación de las relaciones de interconexión, la intervención de la CMT sólo queda justificada si además de no existir interconexión, las negociaciones fracasan definitivamente o ni siquiera existen.

Se sostiene en este estudio que sólo existe un deber genérico de facilitar interconexión (proveer y soportar) (art. 22.1 LGT), cuyo cumplimiento sólo será exigible cuando exista un acuerdo de los operadores o una resolución de la CMT. Cuando concurren razones de interés público, los operadores podrán ser obligados por la CMT a interconectar materialmente sus redes pero no a negociar acuerdos de interconexión. Correlativamente, la CMT intervendrá cuando las redes no estén materialmente interconectadas, independientemente de que existan o no negociaciones y de las posibilidades de éxito de las mismas. No obstante, el inicio de negociaciones y su evolución será un factor a considerar:

- Si los operadores no han iniciado negociaciones para interconectar sus redes y la CMT, de oficio o a instancia de los usuarios, observa la necesidad de la misma, los principios de autonomía privada y de intervención mínima exigen que la Comisión inste a los operadores a negociar, fijando un plazo para lograr el acuerdo (art. 2.4.II RIN), de forma que sólo ejerza la potestad que le atribuye el artículo 22.3 LGT cuando los operadores no logren el acuerdo o ni siquiera comiencen las negociaciones en el plazo estipulado;

- Si los operadores han iniciado las negociaciones, la intervención de la CMT se subordina a que se hayan “agotado las posibilidades de acuerdo al respecto”¹⁵⁸.

¹⁵⁸

La CMT se refiere al agotamiento de las posibilidades de acuerdo y a la evidencia de que

Así, los presupuestos que justifican la intervención de la CMT conforme al art. 22.3 LGT son los siguientes: que los titulares de redes públicas de telecomunicaciones con derechos y deberes de interconexión no las hayan interconectado; que se hayan agotado las posibilidades de alcanzar un acuerdo de interconexión; y que la interconexión en cuestión sea “estrictamente necesaria para satisfacer el interés público”.

a) Ausencia de interconexión efectiva.

El presupuesto básico de la intervención de la CMT es que los titulares de redes públicas de telecomunicaciones con derechos y deberes de interconexión no las hayan interconectado, independientemente de que esto obedezca a la negativa de una de ellos, que obstaculiza la negociación, o al desinterés de ambos, que han desistido de las negociaciones o ni siquiera las han comenzado¹⁵⁹. Obviamente, la CMT no “exigirá la interconexión efectiva”, si ésta ya existe, aunque no exista acuerdo de interconexión.

El acuerdo de interconexión es un contrato de formación sucesiva. En la reglamentación final se superponen una serie de acuerdos parciales sobre los distintos aspectos de la misma: puntos de interconexión, realización de pruebas, precio, servicios... Todos ellos integrarán el Acuerdo General de Interconexión. Mientras las partes no formalicen este Acuerdo General de Interconexión sólo existirán acuerdos parciales sobre las condiciones de interconexión. Nada impide que en tanto se alcance este AGI, las partes ejecuten los acuerdos parciales. De este modo, es posible lograr la interconexión efectiva,

las dos redes aún no están interconectadas como “los presupuestos para la aplicación del artículo 22.3” (Res. de 13-5-1999 y 11-2-1999, ambas referentes al conflicto de interconexión *Colt-Telefónica*).

¹⁵⁹ Cabe augurar que esta intervención no será frecuente. Por regla general, los operadores estarán interesados en lograr la interconexión de sus redes y si no lo hacen a través del acuerdo con determinado operador (interconexión directa), lo harán a través de acuerdos de interconexión de tránsito con terceros operadores (interconexión indirecta). De esta forma, quedará satisfecho el interés público en la interconexión de las redes. No obstante, tampoco es completamente descartable esta intervención. Piénsese, por ejemplo, en posibles acuerdos de reparto de mercado entre operadores, en los que éstos estarán interesados en que sus redes no estén interconectadas. Sin perjuicio de las correspondientes sanciones por vulneración de las normas de competencia, el interés de los usuarios en la interconexión sólo quedará satisfecho si la CMT impone a ambos operadores el deber de proveerse recíprocamente interconexión.

aunque no se haya formalizado el AGI, quedando así proscrita la intervención de la CMT conforme al artículo 22.3 LGT.

b) *Agotamiento de las posibilidades de lograr un acuerdo.*

Iniciadas las negociaciones de un acuerdo de interconexión, la CMT intervendrá cuando se hayan agotado las posibilidades de lograr el acuerdo. Es indiferente que el conflicto que enfrenta a los operadores y que provoca el “agotamiento” de las posibilidades de acuerdo se plantee sobre elementos esenciales del acuerdo [servicios de interconexión, precio, características técnicas y operativas...(cfr. art. 8.1 RIN)] o sobre otros elementos (v.gr. servicios accesorios, ubicación de equipos, régimen de distribución de responsabilidad...). El hecho de que se hayan acordado los elementos esenciales del acuerdo no quiere decir que exista entre las partes acuerdo de interconexión. Éste sólo existirá cuando las partes decidan que se ha completado la reglamentación contractual (principio de *integridad* de la contratación). Habiendo acordado los elementos esenciales, la discrepancia puede subsistir sobre otros elementos y no por ello, es exigible a ninguno de los operadores un deber de completar esa reglamentación, más allá del deber general de negociar de buena fe¹⁶⁰.

La determinación de cuándo se han agotado las posibilidades de lograr un acuerdo es una cuestión de gran importancia. El fracaso de la negociación es un elemento que puede ser utilizado fraudulentamente por cualquiera de los operadores para eludir la libre negociación del acuerdo y forzar la imposición heterónoma de condiciones de interconexión. Vulnerando así el principio de primacía de la autonomía negociadora de las partes como fuente de reglamentación de la relación de interconexión, consagrado por la normativa nacional y comunitaria.

La determinación del momento en el que se han agotado las posibilidades

¹⁶⁰

Cfr. FLUME, *El negocio*, págs. 735-739.

de acuerdo es una cuestión compleja.

Las resoluciones de la CMT revelan la dificultad de formular criterios generales sobre la ruptura de las negociaciones y la imposibilidad de lograr un acuerdo. Sólo es posible proponer criterios orientativos. Será la *valoración casuística* de las circunstancias concurrentes la que determinará si las negociaciones han fracasado.

Seguidamente se exponen algunos de los criterios utilizados por la CMT para valorar el fracaso de las negociaciones y el agotamiento de las posibilidades de alcanzar un acuerdo. En ocasiones, más que seguir criterios objetivos (v.gr. inexistencia de reuniones entre las partes en la negociación), la Comisión parece guiarse por una especie de “intuición” derivada de la valoración casuística de los hechos:

i) *Transcurso del plazo de negociación fijado en el RIN o acordado por las partes.* El artículo 2.4 RIN establece un *plazo máximo de cuatro meses para que los operadores negocien los acuerdos de interconexión*. Este plazo es prorrogable por voluntad de las partes y no se aplica cuando la interconexión efectiva se impone por una resolución de la CMT.

El cómputo de este plazo comienza a partir de la fecha en la que se ha solicitado formalmente la interconexión, siempre que el operador disponga del correspondiente título habilitante en el momento de solicitar la interconexión¹⁶¹. La fecha de la solicitud es de gran relevancia pues constituye el término inicial del plazo de negociación, cuya finalización determina la intervención de la CMT

¹⁶¹ La CMT en su decisión de 28-1-1999 (contestación a consulta formulada por *BT Telecomunicaciones S.A* en relación con la determinación de la fecha exacta en la que el acuerdo de interconexión con *Telefónica* debe estar formalizado) descarta como fechas de inicio del cómputo del plazo tanto la firma del previo acuerdo de confidencialidad (defendida por *Telefónica*), como la de solicitud de la interconexión cuando sólo se ha solicitado el título habilitante ante la CMT pero éste aún no se ha otorgado (defendido por *BT*). Se reitera esta doctrina en la Resolución de 11-2-1999, relativa a la adopción de medidas cautelares en el expediente abierto en relación con la solicitud de intervención presentada por *Colt Telecom España, S.A.* en el conflicto suscitado sobre la interconexión entre la red de dicha entidad y la de *Telefónica de España, S.A.*

(arts. 22.3 LGT en relación con artículo 2.4 RIN). Por ello, conviene documentar, incluso notarialmente, la solicitud de inicio de la negociación. Para el cómputo de este plazo no se excluirán los días inhábiles (art. 5.2 CC).

El carácter prorrogable del plazo puede resultar contraproducente desde el punto de vista del fomento de la interconexión y de la instauración de la libre competencia. De un lado, obliga a la CMT a investigar antes de su intervención, si las partes han ampliado el plazo. En cuyo caso parece razonable que no intervenga hasta que éste se agote, salvo que sea evidente la ruptura de las negociaciones. Por otra parte, la posibilidad de ampliar el plazo de negociación sin ninguna limitación puede inducir al operador dotado de mayor poder de negociación a retrasar la formalización del acuerdo¹⁶².

La CMT tiene declarado que *el agotamiento del plazo de negociación no es condición imprescindible para la intervención de la CMT conforme al artículo 22.3 LGT*. Lo relevante no es el agotamiento del plazo, sino la concurrencia de un dato objetivo: la inexistencia de interconexión entre las redes derivada de la falta de acuerdo entre los operadores¹⁶³. Así, si se han iniciado las negociaciones tendentes a la consecución de un acuerdo de interconexión y éstas se paralizan, imposibilitando la interconexión efectiva, quedará justificada la intervención de la CMT. Si la imposibilidad de lograr un acuerdo cuyo objeto es la interconexión de las redes se hace obvia antes de la finalización del plazo reglamentario o convencional, la CMT intervendrá con anterioridad al transcurso del mismo¹⁶⁴. A

¹⁶² El retraso en lograr la interconexión puede ocasionar graves perjuicios al operador que la solicita, dado que en el mercado de las telecomunicaciones el tiempo es un factor decisivo.

¹⁶³ En su Resolución de 11-2-1999, *Colt- Telefónica*, la CMT afirmó taxativamente: “No se establece en el artículo 22.3 la necesidad de agotar unos plazos determinados para entender concluidas las posibilidades de un acuerdo al respecto, con lo que el precepto vincula su aplicación a una evidencia fáctica -imposibilidad de acuerdo- con independencia del comportamiento adoptado por las partes” (FD 1º)

¹⁶⁴ En la citada resolución de 11-2-1999, *Colt- Telefónica*, se consideraron rotas las negociaciones a pesar de que sólo habían transcurrido dos meses desde el inicio de las mismas. Se habían agotado las posibilidades de lograr el acuerdo porque en dicho plazo ni siquiera se habían iniciado las conversaciones sobre los aspectos económicos, técnicos o jurídicos del futuro acuerdo de interconexión, “habiéndose enquistado las posiciones de las partes en un problema puramente formal, relativo al acuerdo de confidencialidad”. A juicio de la Comisión, ello revelaba el escaso

la inversa, tampoco el agotamiento del plazo conduce inexorablemente a la intervención de la CMT. Si llegado el término final, no se ha formalizado el acuerdo pero las negociaciones prosiguen y existen expectativas razonables de lograr el acuerdo, la CMT se abstendrá de intervenir¹⁶⁵.

En resumen, el criterio temporal está presente en varias resoluciones, pero, no es por sí solo suficiente para entender agotadas las negociaciones;

ii) *Mantener las partes posiciones enfrentadas en torno a determinada cuestión.* En su resolución de 29-4-99, *Cabletelca-Telefónica*, la CMT afirma: “Las posibilidades de acuerdo al respecto se han agotado por mantener las partes *posturas enfrentadas* en cuanto a la posibilidad de aplicar las condiciones previstas en la OIR a un operador cuyo título habilitante se encuentra en proceso de transformación ante el Ministerio de Fomento” (FD 2º). Este criterio se suele acompañar del de transcurso del plazo de la negociación. En principio, es inherente a toda negociación el “enfrentamiento” de las posiciones de las partes, cuyos intereses se encuentran en el contrato. Es la *persistencia del enfrentamiento más allá de lo razonable* lo que permite afirmar la irreconciliabilidad de las posiciones y con ello, la imposibilidad de acuerdo. La mencionada “razonabilidad” vendrá determinada por el plazo de negociación estipulado u otro, atendiendo a las circunstancias del caso.

iii) *Reconocimiento por los propios operadores de la ruptura de las negociaciones.* Obviamente, no existe otro criterio más fiable para determinar si se han agotado las posibilidades de acuerdo. Este reconocimiento puede ser expreso o tácito. El consentimiento tácito se manifiesta cuando alegada la ruptura de negociaciones por uno de los operadores en su solicitud de intervención, el otro operador no discute esta situación (res. CMT de 11-2-1999, *Colt-Telefónica*, FD

interés en alcanzar un acuerdo (FD 2º).

¹⁶⁵ Cfr. Resolución CMT de 29-7-1999, sobre la solicitud de intervención planteada por *Cabletelca S.A.* en relación con la conclusión de su Acuerdo General de Interconexión con *Telefónica* en condiciones OIR. La CMT conoció del conflicto cuando ya habían transcurrido seis meses desde la solicitud de inicio de las negociaciones.

2º).

iv) *Paralización o estancamiento de las negociaciones por discrepancias en cuestiones meramente formales.* En su resolución de 11-2-1999, *Colt Telecom España-Telefónica*, la CMT entendió que aunque sólo habían transcurrido dos meses desde el inicio de las negociaciones, éstas habían fracasado porque, en dicho plazo no se habían iniciado ni siquiera las conversaciones sobre los aspectos económicos, técnicos o jurídicos del futuro acuerdo de interconexión, “habiéndose *enquistado las posiciones de las partes en un problema puramente formal*, relativo al acuerdo de confidencialidad”, lo que, a juicio de la Comisión, revelaba el escaso interés para alcanzar un acuerdo (FD 2º).

v) *Insistencia del operador dominante en reconducir unilateralmente al acuerdo de las partes la reglamentación de condiciones contenidas en la OIR, cuando ésta ha sido aceptada por el operador solicitante.* Nada impide que las partes de mutuo acuerdo decidan negociar y reglamentar de forma distinta las condiciones contempladas en la OIR, siempre que ello no vulnere las normas de competencia. Pero las condiciones contenidas en la OIR aceptadas por el operador solicitante han de considerarse ajenas al proceso de negociación. Por ello, ha entendido la CMT que “cualquier intento en tratar de conducir unilateralmente aspectos contenidos en la OIR al acuerdo entre los operadores, debería considerarse como intento baldío pues las negociaciones en este punto se consideran agotadas” (res. 11-2-1999, *Colt-Telefónica*, FD 2º).

Un criterio similar se ha mantenido en relación con la facilidad de preselección y las condiciones de la Circular 1/1999, de 4 de noviembre, de la CMT¹⁶⁶. El hecho de que *Telefónica* formule una propuesta más restrictiva en sus

¹⁶⁶ La preselección de operador, -también llamada preasignación-, es una facilidad que forma parte de la interconexión. Consiste en la posibilidad del usuario de cursar sus llamadas a través de un operador distinto al que le suministra el acceso a la red, sin necesidad de marcar un código de selección de operador antes de efectuar cada llamada. Es una selección por defecto o por adelantado de determinado operador distinto al que presta el acceso (cfr. Art. 19.1 RIN). Por ejemplo, gracias a la preselección un abonado de *Telefónica* (operador que ofrece el acceso a la red) puede cursar sus llamadas a través de *Retevisión*, sin necesidad de marcar el 1050 cada vez que realice una llamada. El procedimiento de cambio de operador por preselección se regulará por el acuerdo de las partes y en su defecto se impondrá el procedimiento previsto por la Circular 1/2001 de la CMT.

condiciones que las establecidas por la Circular se considera un signo manifiesto de la ruptura de negociaciones (cfr. resoluciones CMT de 2-3-1999, de resolución del conflicto de preselección planteado entre *BT*, *RSLCOM* y *Telefónica* y de 28-12-1999, relativa a la adopción de medidas cautelares en el expediente abierto en relación con las solicitudes de intervención presentadas por *RSLCOM* y *BT*).

vi) *Acudir una de las partes a la CMT para que ésta exija la interconexión efectiva.* La ruptura de las negociaciones se deduce del hecho mismo de que una de las partes solicite que sea la CMT quien exija la interconexión efectiva. Sorprende la rotundidad con la que se ha pronunciado la Comisión respecto a esto: “En el estado en el que nos encontramos, lo único relevante es que las negociaciones se han roto formalmente, resultando agotadas las posibilidades de acuerdo entre las partes, *como resulta, sin necesidad de mayor evidencia, que una de ellas ha acudido a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones* para que sea este organismo quien exija a *Telefónica* que proceda a la interconexión efectiva de las redes de ambos operadores” (res. 11-2-1999, *Colt-Telefónica*, FD 3º).

Este criterio -a mi juicio incorrecto- abre una vía extraordinariamente amplia para que cualquier operador interesado en eludir la libre negociación pueda hacerlo. Al margen de cual sea la actitud del otro operador, a aquél le bastará solicitar la intervención de la CMT para establecer una presunción *iures et de iure* del fracaso de las negociaciones y del agotamiento de las posibilidades de acuerdo. Se hace estéril cualquier esfuerzo de búsqueda de criterios de determinación de cuándo se han agotado las posibilidades de acuerdo. Éstas se agotan cuando uno de los operadores así lo considera y solicita la intervención de la CMT.

La práctica descrita conduce a afirmar la *relajación del agotamiento de las posibilidades de lograr acuerdo como presupuesto que justifica la intervención de la CMT*. la determinación del momento en el que pueden entenderse agotadas las negociaciones es una cuestión sólo relevante desde una perspectiva puramente privada. Pero nada prejuzga sobre la intervención de la Comisión. Demostrado

que el *impasse* en la negociación responde a la voluntad deliberada de uno de los operadores de no negociar y forzar la intervención de la CMT, tal comportamiento no tiene ninguna consecuencia jurídica en relación con la intervención de la CMT¹⁶⁷. Ni se impone sanción alguna al operador reticente a la negociación (tal comportamiento no vulnera ninguna norma sectorial, porque ninguna impone el deber de negociar), ni se obliga a la CMT a abstenerse de conocer el conflicto. Sí podrá constituir una infracción del deber general de negociar de buena fe y en su caso, desencadenar la responsabilidad por *culpa in contrahendo*. Naturalmente, este efecto se despliega en las relaciones interprivadas pero carece de trascendencia pública.

Dada la amplitud con la que la CMT justifica su intervención conforme al artículo 22.3 LGT se puede afirmar que ésta intervendrá siempre que exista un conflicto entre las partes sobre la negociación de algunos de los extremos del Acuerdo de Interconexión. Que las negociaciones hayan o no fracasado materialmente no es un criterio definitivo. Tampoco es relevante el comportamiento de los operadores durante la negociación. Pero el nivel de fracaso de la negociación sí habrá de ser valorado por la CMT en lo que se refiere al contenido de la resolución final (v. *infra* B.3).

c) *Interés público.*

El título justificante de esta intervención de la CMT limitativa de la autonomía de la voluntad privada, es la salvaguarda del interés público. Literalmente, el precepto dispone que “la intervención de la Comisión, en este caso, deberá ser la estrictamente necesaria para conseguir alcanzar el objetivo de proteger los intereses públicos”. Es el interés público en la interconexión de las redes y la interoperabilidad de los servicios lo que justifica las limitaciones a la

¹⁶⁷ En el conflicto planteado entre *Colt y Telefónica*, la CMT ha afirmado: “...basta reseñar que resulta baladí tratar de inquirir cual de las operadoras puede ser imputada de mayor negligencia en la demora de las negociaciones.[...], lo único relevante es que las negociaciones se han roto formalmente, resultando agotadas las posibilidades de acuerdo entre las partes...” (Res. 11-2-1999, FD 3º).

libertad de empresa y al derecho de propiedad y a la vez, limita la potestad interventora de la CMT¹⁶⁸.

En el ámbito de la interconexión el interés público se concreta en la interoperabilidad de los servicios, en la posibilidad de acceso a los servicios ofrecidos por el conjunto de los operadores y en general, en el incremento de la competencia en el mercado en beneficio de los usuarios.

La tutela del interés público es el principal argumento para rechazar la posición de algún autor que considera imprescindible la previa solicitud de interconexión por un operador, rechazando la intervención de la CMT, si ninguno de los operadores ha solicitado la interconexión¹⁶⁹. No es imprescindible que una de las partes haya solicitado la negociación del acuerdo de interconexión. La CMT puede exigir que se haga efectiva la interconexión aun cuando ninguno de los operadores estuviera interesado en ella, siempre que existan razones de interés público que lo justifiquen. El interés público en la interconexión y en particular, el interés de los usuarios queda igualmente desprotegido tanto si no se logra la interconexión por la negativa de uno de los operadores, como si no se logra por la negativa de ambos. Si la intervención de la CMT se supeditara al previo inicio de las negociaciones, se dejaría exclusivamente en manos de los particulares la tutela de un interés público. Obviamente, esta consecuencia no puede ser la querida por el legislador, quien encomienda expresamente a la CMT la función de adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la interconexión de las redes [arts. 1.Dos.2.f) Ley 12/97 y 19.1 RCMT].

Con todo, las resoluciones de la CMT emitidas en aplicación del artículo 22.3 no revelan una especial justificación de la concurrencia del interés público en la interconexión exigida. En todas hay una referencia genérica al mismo, pero no se justifica en qué medida la interconexión es necesaria en el caso concreto para

¹⁶⁸ Cfr. Res. CMT de 11-2-1999, *Colt-Telefónica*, apdo. III.1º; de 13-7-2000, expte. ME 2000/2694, relativa a la adopción de medidas cautelares tendentes a asegurar la interconexión entre *Telefónica de España, S.A.U.* y *Lince Telecomunicaciones, S.A.* con respecto al número 1411. En esta última se afirma taxativamente que el bien jurídico protegido por la normativa de interconexión es: “la garantía de la competencia efectiva y la protección del derecho de los consumidores a disfrutar de los servicios facilitados por los diversos operadores” (apdo. II.3).

¹⁶⁹ VÁZQUEZ LÉPINETTE afirma que “La previsión legal de que la interconexión haya de ser solicitada por la parte interesada tiene una importante consecuencia en relación con las competencias de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y es que *ésta no podrá, de oficio -esto es, sin que las partes hayan intentado negociar- imponer que redes pertenecientes a distintos titulares se interconecten; [...] es necesario que haya un previo intento negociador iniciado a instancias de cualquiera de las partes*” (*La obligación de interconexión*, págs 143 y 159).

tutelar dicho interés. Más bien se presume que en toda solicitud de intervención relativa a un conflicto de interconexión de redes o servicios públicos de telecomunicaciones hay un elemento de tutela del interés público¹⁷⁰. No se exige probar esta circunstancia. Se entiende que la interconexión con un nuevo operador incrementa la competencia en el mercado y ello es *per se* positivo para el interés público.

Para concluir este apartado quiero hacer un último apunte. Y es que, siendo el artículo 22.3 LGT un precepto de interpretación restrictiva, en cuanto supone una excepción a la regla general que es la libertad de los operadores para constituir relaciones jurídico-privadas de interconexión (art. 22.2 LGT), conviene que la CMT extreme la apreciación y justificación de la concurrencia en el caso concreto de los presupuestos que justifican su intervención.

B.2. Significación del plazo de negociación (art. 2.4 RIN).

Puesto de manifiesto que el transcurso del plazo de negociación previsto por el artículo 2.4 RIN, -cuatro meses o cualquier otro estipulado por los operadores-, no es un criterio determinante del agotamiento de las posibilidades de lograr un acuerdo, queda por determinar cuál es el valor de dicho plazo. Francamente, creo que su valor es escaso.

Pudiera pensarse que el plazo permite articular un juego de *presunciones*:

¹⁷⁰ V.gr. en el conflicto de interconexión entre *Telefónica* y *RSLCOM* afirma la CMT: “En principio, *el interés público aboga por la conclusión de un Acuerdo entre las partes* -el cual daría lugar a la inmediata interconexión efectiva entre ambas redes- lo más pronto posible [...]. A dicho interés público hay que añadir el derecho que ampara a *RSLCOM*, de reclamar la interconexión efectiva con el operador dominante” (Res. 29-7-1999, apdo.III). Adviértase la imprecisión terminológica de la CMT: no es de interés público la conclusión de un acuerdo entre las partes (esto será una cuestión de interés privado); lo que es de interés público es que las redes estén interconectadas, al margen de que la interconexión proceda del acuerdo de las partes o de la resolución de la CMT; en similares términos la Res. de 29-4-1999, *BT-Telefónica*: “...*el interés público requiere que los operadores habilitados para prestar los servicios de telecomunicaciones interconecten sus redes* de suerte que un usuario, cualquiera que sea el operador que le ofrece el acceso directo o bucle de abonado, pueda establecer comunicación con cualquier abonado de otro operador o acceder a los servicios de telecomunicaciones que ofrecen otros operadores. Y todo ello lo antes posible”. Muestran estos ejemplos que la CMT no valora las razones de interés público que puedan concurrir en un caso concreto y que justifiquen su intervención.

solicitada la interconexión, se presume que al menos durante un plazo de cuatro meses (o el que hayan fijado las partes) existen posibilidades de lograr un acuerdo; hasta la finalización del plazo, se presume que el acuerdo es viable; corresponderá al que alega la ruptura de las negociaciones probar esta circunstancia. Transcurrido el mencionado plazo, la presunción se invierte: se presume que las negociaciones han fracasado y será el que alegue su mantenimiento quien deberá probarlo, así como las posibilidades razonables de lograr el acuerdo.

Sin embargo, la amplitud de criterios utilizados por la CMT para entender agotadas las negociaciones (se llega a afirmar que la mera solicitud de intervención por una de las partes, prueba que las negociaciones han fracasado y que el acuerdo ya no es posible), priva de eficacia el juego de presunciones descrito, al menos, en el ámbito de relaciones jurídicas entre la CMT y los operadores. Pero no en la esfera de relaciones jurídico-privadas.

Considero que el citado plazo es un parámetro de buena fe. La solicitud de intervención administrativa antes del transcurso de dicho plazo puede entenderse como una contravención del deber de buena fe exigible en toda negociación, salvo prueba del agotamiento de las posibilidades de lograr el acuerdo. Es un supuesto de ruptura injustificada de negociaciones (se presume que la ruptura es injustificada mientras no se extinga el plazo) y como tal, uno de los tipos de la responsabilidad por culpa *in contrahendo*¹⁷¹. Tal actuación contraria a las exigencias de la buena fe constituye un “acto antijurídico” susceptible de fundamentar una acción de responsabilidad civil, siempre que se hayan producido daños¹⁷². Lo cual es difícil porque la intervención de la CMT exigiendo la interconexión efectiva impide la frustración del interés de confianza

¹⁷¹ Vid. GARCÍA RUBIO, M.P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*. Tecnos. Madrid, 1991; CARRASCO PERERA, “Artículo 1101”, pág. 428.

¹⁷² Cfr. GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., “Artículo 7”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBADALEJO, M Y DÍAZ-ALABART, S., Tomo I, Vol. 1º. EDESA, 1992, págs. 862-931, concr. pág. 898.

del operador en la celebración del acuerdo¹⁷³.

Se produce una *incomunicación* o separación entre la esfera jurídico-pública y la privada. La *inadmisibilidad jurídica* del acto¹⁷⁴ (solicitud de intervención de la CMT antes del transcurso del plazo de negociación) lo es sólo desde la perspectiva jurídico-privada. Pero el citado comportamiento no es inadmisble desde una perspectiva jurídico-pública. La solicitud de intervención en la negociación antes de la finalización del plazo no vicia el acto administrativo en el que la CMT exige la interconexión efectiva. Este será válido y eficaz siempre que se hayan cumplido las normas del procedimiento administrativo y existan razones de interés público que justifiquen la intervención (se presumen éstas en toda solicitud de intervención en un conflicto de interconexión, dada la relación de causalidad entre la constitución de una nueva relación de interconexión y el incremento de la competencia en el mercado).

B.3. Inicio y desarrollo del procedimiento.

Conforme a la redacción literal del artículo 22.3 LGT, la intervención de la Comisión se realizará de "oficio o a instancia de los usuarios y previa audiencia de las partes afectadas". Sin embargo, no hay razón para entender que el operador u operadores que, iniciadas las negociaciones de la interconexión, no llegan a concluir el acuerdo, no puedan solicitar la intervención de la CMT. Sin duda, no hay ningún otro sujeto más "interesado" en el inicio de este procedimiento [arts 31.a) y 68 Ley 30/1992] que el operador perjudicado por la negativa o la obstaculización de la negociación y la consiguiente falta de interconexión. Además, esta posibilidad de resolver conflictos de negociación de interconexión cuando los obligados a ella no lo hicieran voluntariamente y a petición de parte se

¹⁷³ Si la resolución de la CMT produce el mismo efecto que hubiera generado el acuerdo de haberse celebrado (la interconexión efectiva), el interés de confianza del operador queda indemne; vid. *infra*, dentro de este capítulo, epígrafe 5.3.B.d.

¹⁷⁴ DIEZ-PICAZO, *Prólogo a la obra de WIEACKER*, pág. 20; WIEACKER, *El principio*, pág. 59; GETE-ALONSO Y CALERA, "Artículo 7", págs. 888 y 896.

prevé expresamente en la normativa sectorial [art. 25 LGT, en redacción dada por Ley 14/2000 y art. 1.Dos.2, e) LLT].

Los usuarios a los que se refiere el precepto pueden ser, usuarios finales y prestadores de servicios (“usuarios” de la capacidad portadora de la red).

Cualquiera que sea la forma de inicio y salvo sumisión expresa de los operadores a la “función arbitral” de la Comisión, esta intervención de la CMT se incluye entre sus funciones de carácter público y se ejercerá en el marco de un procedimiento administrativo al que son aplicables las reglas de la Ley 30/1992 (art. 2.1 RCMT).

La CMT podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, medidas cautelares para garantizar la eficacia de la resolución final, cuando concurran los presupuestos para ello (arts. 1.Seis Ley 12/1997 y 31 RCMT).

B.4. Resolución del procedimiento.

La literalidad de los artículos 22.3 LGT y 2.2 RIN impone una interpretación restrictiva de la potestad atribuida a la CMT de exigir heterónomamente la constitución de una relación jurídica *interprivatos*. Se dará siempre prioridad a la libre negociación de los operadores¹⁷⁵. Con carácter previo a cualquier intervención, la Comisión habrá de ponderar los bienes jurídicos en conflicto: la libertad empresarial de los operadores y el interés público en la interconexión¹⁷⁶. La intervención será “la estrictamente necesaria para conseguir alcanzar el objetivo de proteger los intereses públicos”(principio de intervención mínima); se producirá “en última instancia” o como “último recurso” (en la terminología de la Directiva) y con arreglo al principio de proporcionalidad, que,

¹⁷⁵ Conforme VÁZQUEZ LÉPINETTE, T., *La obligación de interconexión*, págs. 165 y 166.

¹⁷⁶ Cfr. § 9 (4) de la Ordenanza de Interconexión alemana: “Bei einer Entscheidung nach § 37 Abs. 1 des Gesetzes (intervención de la Agencia Reguladora en ausencia de acuerdo de interconexión entre los obligados) hat die Regulierungsbehörde die Interessen der Nutzer sowie die unternehmerische Freiheit jedes Netzbetreibers zur Gestaltung seines Telekommunikationsnetzes zu berücksichtigen”.

aunque no se afirma expresamente en el artículo 22.3 LGT, sí se refieren a él expresamente los artículos 2.3. f) RIN y 9.6 de la Directiva de Interconexión.

Lo dicho en el epígrafe dedicado a la intervención de la CMT en la resolución de conflictos de negociación de acuerdos de interconexión todavía viables, respecto a los criterios a valorar al resolver el conflicto es también aplicable en este procedimiento. La CMT tomará en consideración los criterios a los que se refiere el art. 2.6 RIN.

La resolución final es un *acto administrativo de eficacia interprivada* y dotado de eficacia ejecutiva. Existen varios contenidos posibles de este acto¹⁷⁷:

i) *Eximir temporalmente al operador requerido del cumplimiento de su deber genérico de proveer interconexión*, y por ende de la carga de negociar el acuerdo de interconexión, cuando existan alternativas técnica y comercialmente viables a la interconexión solicitada (art. 22.1.II LGT)¹⁷⁸;

ii) *Exigir que se haga efectiva la interconexión, otorgando a las partes un plazo para la negociación del acuerdo* (art. 2.4.II RIN). Se imponen a los operadores deberes de hacer, no hacer o soportar a fin de conseguir la interconexión física y funcional de las redes. Se actualiza así el deber genérico de interconexión impuesta por la LGT a todos los titulares de redes públicas de telecomunicaciones, convirtiéndose en exigible a un operador concreto.

Respecto a las condiciones comerciales de la interconexión, ya he explicado que lo que hace la CMT, a pesar del tenor literal de algunas de sus resoluciones, es imponer a los operadores la carga de negociar de buena fe tales

¹⁷⁷ Con la pretensión de exponer sistemáticamente el contenido, ámbito de aplicación y eficacia del artículo 22.3 LGT se reiterarán aquí cuestiones ya examinadas a lo largo de este trabajo, especialmente en el Cap. II, epgr. 4.5.

¹⁷⁸ Sobre esta limitación de la obligación de interconexión “temporal y caso por caso” véase mi trabajo realizado en colaboración con el profesor CARRASCO PERERA, “Interconexión...”, págs. 486-489.

condiciones en el plazo estipulado. Si transcurrido éste, no han logrado el acuerdo, recae sobre ellos el deber de soportar la reglamentación heterónoma de la CMT, que normalmente se impone ya en la misma resolución.

Este contenido es típico en aquellos casos en las que las partes no han iniciado la negociación de acuerdos de interconexión.

iii) *Imponer una reglamentación heterónoma.* La CMT puede exigir condiciones sustantivas de interconexión (servicios ofrecidos, precios, puntos de interconexión...). Éstas se impondrán a los operadores en tanto no logren un acuerdo libremente negociado.

Las condiciones heterónomamente impuestas pueden ser discrecionalmente fijadas por la CMT, normalmente, a propuesta de los operadores; proceder de la negociación de los operadores, si cuando la negociación fracasó, los operadores ya habían logrado acuerdos parciales; o reproducir las previstas en la OIR de los operadores dominantes.

Si al fracasar la negociación, los operadores ya habían alcanzado acuerdos parciales sobre ciertos aspectos del Acuerdo General de Interconexión, la CMT, en atención a los principios de intervención mínima y de primacía de la negociación de los operadores, impondrá como contenido de su acto administrativo los acuerdos ya logrados. Las condiciones así impuestas son materialmente autónomas (consensuadas por los operadores), pero formalmente heterónomas (impuestas por la voluntad unilateral de la CMT). Su eficacia obligatoria no procede de la autonomía de la voluntad de los operadores (arts. 1091 y 1258 CC), sino de la eficacia ejecutiva del acto administrativo del que forman parte (art. 57.1 Ley 30/1992). La misma explicación es aplicable a los supuestos en los que la CMT “califica” como contenido de su acto administrativo las condiciones de interconexión previstas en la OIR del operador dominante.

La resolución pone fin a la vía administrativa y será recurrible ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Su incumplimiento constituye una

infracción administrativa muy grave (art. 79.15 LGT). Si, además, dicho incumplimiento lo es de las aquí denominadas “obligaciones legales” de interconexión, que, como ya se explicó¹⁷⁹, se reducen a la obligación de mantener la interconexión efectiva de las redes, constituirá también una infracción de “obligaciones en materia de interconexión” (art. 79.10 LGT).

No todo *apartamiento* del contenido de la resolución de la CMT constituirá un “incumplimiento” sancionable *ex art. 79.15 LGT. La reglamentación heterónoma impuesta por la CMT es disponible por los operadores y subsidiaria al acuerdo autónomamente negociado*¹⁸⁰. El apartamiento de las condiciones comerciales fijadas por la CMT sólo constituirá una infracción cuando uno de los operadores pretenda unilateralmente su imposición al otro operador. Pero no cuando el apartamiento sea autónoma y bilateralmente consentido¹⁸¹.

¹⁷⁹ Vid. *supra* Cap.II, epgr. 4.4.

¹⁸⁰ Cfr. §37 TKG se refiere expresamente a esta “subsidiariedad” de la reglamentación heterónoma impuesta por la ANR: “Eine Anordnung nach Absatz 1 (intervención de la ANR alemana exigiendo la interconexión efectiva) ist nur zulässig, soweit und solange die Beteiligten keine Zusammenschaltungsvereinbarung treffen. §36 (Verhandlungspflicht) bleibt unberührt”.

¹⁸¹ V. *supra* epgr. 2.2, apdo. C.2.

3.3. La Oferta de Interconexión de Referencia (OIR)

La negociación de los acuerdos de interconexión a la red de los operadores dominantes ofrece una nota peculiar: la presencia de una Oferta de Interconexión de Referencia (OIR) que delimita y condiciona el proceso de negociación. En el presente epígrafe se describirá su regulación positiva para examinar, posteriormente, las numerosas cuestiones problemáticas que surgen en torno a esta figura, en particular, lo que se refiere a su naturaleza y valor jurídico en la dinámica contractual.

A) Régimen jurídico positivo de la OIR

La obligación de publicar una OIR y las características de ésta se regulan en los artículos 28 LGT y 11 y 12 RIN, sin perjuicio de otras referencias al enumerar las obligaciones de los operadores dominantes (art. 9.2 RIN)¹⁸².

Están obligados a publicar una OIR los *titulares de redes públicas de telecomunicación que ostenten la condición de dominantes* (art. 9.2 RIN), previa presentación y aprobación de su propuesta por la CMT (art. 11.1 RIN). No se impone dicha obligación a los operadores de redes públicas telefónicas móviles y de servicios de telefonía móvil disponibles al público que tengan la consideración de dominantes en el mercado de interconexión (cfr. art. 10 RIN y Resolución CMT, de 4 de octubre de 2001, por la que son declarados dominantes *Telefónica* en el mercado de telefonía fija; *Telefónica* en el mercado de alquiler de circuitos; *Telefónica Móviles* y *Airtel Móvil (Vodafone)* en el mercado de telefonía móvil; *Telefónica Móviles* y *Airtel Móvil (Vodafone)* en el mercado de servicios de

¹⁸² Los preceptos citados transponen a nuestro ordenamiento el artículo 7.3 de la Directiva de Interconexión, que imponía a las Autoridades Nacionales de Reglamentación la obligación de garantizar la publicación de una oferta de interconexión de referencia que ha de incluir una descripción de las ofertas de interconexión desglosada por elementos con arreglo a las necesidades del mercado, así como los correspondientes términos y condiciones, incluidas las tarifas. El mismo artículo habilitaba a las ANR para imponer modificaciones en la OIR, cuando ello esté justificado. En el nuevo marco regulatorio, la publicación de una OIR es una de las obligaciones que las ANR pueden imponer *ex ante* a los OPSM en el mercado considerado (art. 9 Directiva de acceso).

interconexión¹⁸³).

Se encomienda a la CMT la función de garantizar el cumplimiento de esta obligación por los operadores obligados a ello (art. 28.1 LGT). Aprueba la OIR, a propuesta de los operadores obligados a presentarla, determina la fecha de su entrada en vigor y, mediante resolución motivada, podrá introducir modificaciones a su contenido (arts. 28.2 LGT y 11.1.I y II RIN).

La OIR contiene las condiciones de interconexión (precios, calidad, servicios ofrecidos, especificaciones técnicas, puntos disponibles para la interconexión...) y deberá estar desglosada por elementos, con arreglo a las necesidades del mercado y a las condiciones técnicas y económicas que resulten de aplicación. El contenido mínimo de la OIR se describe en el artículo 11.2 RIN. En síntesis, en los puntos a) a j) se especifican aspectos de carácter fundamentalmente técnico, en el punto l) las condiciones económicas y los puntos k) y m) se presentan como normas de cierre. El apartado k) se refiere a “las condiciones generales”, bajo las que se encuadran “todas aquellas condiciones necesarias para la realización y el mantenimiento de la interconexión entre los operadores” y la letra m) incluye en el contenido mínimo de la OIR “cualesquiera otras informaciones cuya inclusión sea procedente conforme al artículo 28 de la LGT”.

La OIR puede incluir diferentes precios, términos y condiciones de interconexión para las distintas categorías de operadores, siempre que ello esté objetivamente justificado en función del tipo de interconexión facilitada o por las condiciones de la correspondiente licencia. En cualquier caso, estas diferencias no podrán provocar distorsiones en la competencia y respetarán los principios de no discriminación y de transparencia (arts. 28.1. II LGT y 11.3 RIN). Por otra parte, el operador dominante está obligado a no impedir acuerdos de interconexión que recojan condiciones sobre servicios no contemplados en la OIR (art. 9.5 RIN).

¹⁸³

BOE núm. 27, de 31-1-2002.

La información contenida en la oferta se publicará en la forma y términos que determine la CMT, mediante resolución publicada en el BOE (art. 11.1.III RIN).

La primera OIR formulada por *Telefónica, S.A.*, en cuanto operador inicialmente dominante, fue aprobada por Orden del Ministerio de Fomento de 29 de Octubre de 1998 (DT 2ª RIN)¹⁸⁴, con las modificaciones introducidas por la CMT¹⁸⁵. Esta Oferta ha sido modificada en sucesivas ocasiones¹⁸⁶, la última por Resolución de 10 de julio de 2003, por la que se modifica la OIR de *Telefónica* para el 2001¹⁸⁷ y se obliga a la operadora a redactar en el plazo de un mes el texto consolidado de la OIR para el año 2003.

La OIR entrará en vigor en las fechas en ella prevista y su contenido podrá

¹⁸⁴ BOE núm. 261, de 31-10-1998.

¹⁸⁵ Acuerdo del Consejo de la CMT de 27-10-1998, por el que se aprueba el Informe Propuesta de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones sobre las modificaciones a la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica de España, S.A. Las modificaciones introducidas por la CMT han ocasionado el recurso de *Telefónica* contra la citada Orden.

¹⁸⁶ Resolución CMT de 25-5-2000 (BOE núm. 144, de 16-6-2000); mod. por Orden del Ministerio de la Presidencia de 31-10-2000 por la que se dispone la publicación del acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos por el que se modifica la oferta de interconexión de referencia de "Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal", en virtud del artículo 6 del RD-ley 7/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes en el Sector de las Telecomunicaciones (BOE núm. 262, de 1-11-2000) (modificación de precios de interconexión).

¹⁸⁷ Resolución CMT de 9-8-2001, por la que se aprueba la OIR para el año 2001 de "Telefónica de España, S.A.U.", como operador dominante en el mercado de telefonía fija disponible al público, con las modificaciones establecidas por la Comisión; esta última modificada por Resolución de 14 de diciembre de 2001, de la Presidencia de la CMT, por la que se hace pública la Resolución de 22 de noviembre de 2001 por la que se resuelve el recurso potestativo de reposición interpuesto por "Telefónica de España, S.A.U.", contra la Resolución de esta Comisión, de 9 de agosto de 2001, sobre la modificación de la oferta de interconexión de referencia de "Telefónica de España, S.A.U." (BOE núm. 33, de 7-2-2002) [el recurso es estimado parcialmente por lo que se refiere a los precios de interconexión para los servicios de acceso a números CASI (acceso a Internet)]; también modificada por Resolución de 21 de enero de 2002, de la Presidencia de la CMT, por la que se hace pública la Resolución de 17 de enero de 2002 por la que se modifica la OIR de Telefónica en lo referente al esquema de interconexión para servicios de red inteligente (BOE núm. 23, de 26-1-2002); modificada por Resolución de 26-2-2002, de la CMT, por la que se hace pública la Resolución de 21-2-2002, de modificación de la OIR de Telefónica para establecer los precios de los servicios de interconexión de circuitos (en la Res. de 9-8-2001 se fijaron con carácter provisional) (BOE núm. 57, de 7-3-2002); mod. por Resolución de 4 de julio de 2002, de la Presidencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por la que se hace pública la Resolución de 27 de junio de 2002, por la que se modifica la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica en lo referente a la introducción de un servicio de tránsito hacia la numeración específica de acceso a Internet 908 y 909. (BOE núm. 170, de 17 de julio de 2002).

ser consultado en la sede de la CMT y a través de otros medios de publicidad que la CMT decida emplear.

Al igual que su aprobación, la modificación y supresión de la OIR también están sometidas a la supervisión de la CMT. El operador obligado a publicar una OIR deberá mantenerla actualizada al menos con una periodicidad mínima anual. Podrá modificarla por propia iniciativa, siguiendo los mismos trámites previstos para su aprobación. También se modificará la OIR por la acción de normas o decisiones del Ministerio de Ciencia y Tecnología¹⁸⁸, dictadas en el ámbito de sus competencias y en particular, para adaptar la oferta a las exigencias de la normativa vigente y a los avances tecnológicos (art. 12.1 RIN).

El régimen de entrada en vigor de dichas modificaciones varía en función de que éstas se produzcan por uno u otro de los motivos indicados: si la modificación parte de la iniciativa del operador, surtirá efectos en el plazo de seis meses desde su publicación, salvo que la CMT señale un plazo diferente (art. 12.1.a RIN)¹⁸⁹; cuando la modificación tenga su origen en las normas del Ministerio de Ciencia y Tecnología, deberá incorporarse al texto de la oferta y será de aplicación desde el momento en que el Ministerio así lo establezca.

Sólo se prevé la supresión de la OIR cuando los operadores dejen de ostentar la condición de dominantes según la lista publicada anualmente por la CMT. Ésta determinará las condiciones de supresión de la OIR (art. 12.2 RIN)¹⁹⁰.

¹⁸⁸ El art. 12 RIN se refiere a las normas dictadas por el Ministerio de Fomento. En virtud del R.D. 557/2000, de 27 de abril, de reestructuración de los Departamentos ministeriales (BOE núm. 102, 28-4-2000), se ha de entender esta referencia al Ministerio de Ciencia y Tecnología (art. 5.1). La estructura orgánica básica de este Ministerio se regula por el R.D. 696/2000, de 12 de mayo, por el que se aprueba la estructura orgánica básica del Ministerio de Ciencia y Tecnología.

¹⁸⁹ Salvo este plazo de seis meses -modificable por la CMT-, ni la Ley ni el RIN exigen un período mínimo de vigencia a la OIR, durante el cual ésta sea irrevocable. En el subepígrafe siguiente se examinará con mayor detalle el carácter revocable o irrevocable de la OIR.

¹⁹⁰ Según la redacción dada al artículo 12.2 en el Proyecto de Reglamento de Interconexión y Numeración, los operadores podrían suprimir la OIR sin perder su condición de operadores dominantes, previa aprobación de su propuesta por la CMT y anuncio en sus oficinas comerciales de tal pretensión. La CMT resolvería motivadamente sobre la aprobación o denegación de la propuesta.

El incumplimiento por el operador dominante de sus obligaciones relativas a la OIR constituye una infracción administrativa muy grave por incumplimiento de sus obligaciones en materia de interconexión (art. 79.10 LGT)¹⁹¹.

B) Utilidad de la OIR.

La OIR es un instrumento correctivo del principio de libre negociación de las partes, tendente a reequilibrar o compensar sus posiciones negociadoras¹⁹². A pesar de la proclamación formal del principio de libre negociación de acuerdos de interconexión, la realidad manifiesta el desequilibrio de hecho entre las posiciones negociadoras de los operadores. El regulador articula mecanismos que compensen ese desequilibrio. Lo que pretende la norma al exigir la aprobación y publicación de esta oferta es evitar comportamientos discriminatorios por el operador dominante, así como limitar (no negar) su poder de negociación. El operador que pretenda alcanzar el acuerdo de interconexión con el operador dominante podrá solicitarlo a éste y tiene la garantía de que el acuerdo final se ajustará a las condiciones mínimas expresadas en la Oferta, que serán análogas a las condiciones en las que se concede la interconexión a sus competidores, salvo que existan razones que justifiquen un tratamiento diferente.

La publicación de una OIR facilita la negociación. Es uno de los medios que coadyuvan a la realización práctica de los principios de transparencia y no

Durante el plazo de un año desde la supresión de la oferta, se deberían respetar las condiciones de los acuerdos de interconexión ya existentes que se hubieran basado en ella, salvo que las entidades afectadas decidieran otra cosa, o la resolución de la CMT estableciera condiciones diferentes.

En cualquier caso, la supresión de la oferta en las condiciones descritas, no daba derecho a indemnización a los operadores afectados.

Habrà de entenderse que, conforme a la redacción del texto final del RIN, toda modificación de la OIR, -entendiendo modificación en un sentido amplio comprensivo de la supresión de la OIR en su conjunto-, mientras el operador conserva su condición de operador dominante, ha de ser considerado como una modificación en los términos del artículo 12.1 del Reglamento.

¹⁹¹ En la terminología utilizada en este estudio (cfr. Cap. II, epgr. 4), la obligación de publicar una OIR es una “obligación legal de interconexión” cuya fuente es la propia LGT (art. 28).

¹⁹² Cfr. Resoluciones CMT de 29-7-1999, Cabletelca-Telefónica (apdo.I. 3º) y de 13-5-1999, Colt-Telefónica, (apdo. II).

discriminación en el ámbito de la interconexión¹⁹³.

Así, la publicación de la OIR cumple varias funciones. Todas ellas son positivas para la implantación de la competencia en el mercado de las telecomunicaciones, permitiendo lograr la interconexión efectiva con mayor rapidez:

1ª) Restringe el poder de autodeterminación del operador dominante, que podría aprovechar su superioridad para imponer unilateralmente condiciones de interconexión “abusivas”¹⁹⁴ o discriminatorias en perjuicio del solicitante de interconexión.

La facultad de la Administración de aprobar la OIR, introducir modificaciones en la misma y determinar la fecha de su entrada en vigor constituye una restricción del poder de autodeterminación de los operadores dominantes. Queda limitada su libertad contractual en cuanto se restringen sus posibilidades de predeterminar el contenido de la relación jurídica. La OIR recoge unas condiciones de interconexión mínimas y vinculantes para el operador dominante, que sólo podrá apartarse de las mismas introduciendo condiciones más beneficiosas para el solicitante de interconexión (ello sin perjuicio de los límites impuestos por el Derecho de la Competencia y el principio de no discriminación).

2ª) Introduce seguridad y certidumbre en el mercado. Los nuevos operadores pueden conocer *a priori* las condiciones técnicas y económicas de

¹⁹³ La Directiva 97/33 en el apdo. 10 de sus considerandos afirma que “la publicación de una lista de servicios, cuotas, términos y condiciones de interconexión favorece la necesaria transparencia y no discriminación”. En el nuevo marco regulatorio, el art. 9.2 de la Directiva 2002/19 prevé la obligación de publicar una OIR de aquellos operadores a los que las ANR impongan obligaciones de no discriminación.

¹⁹⁴ Se utiliza aquí el término “abusivas” en sentido no técnico. Como es sabido, la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación sólo admite la calificación de “abusivas” para las condiciones predispuestas en los contratos con usuarios finales, pero no entre profesionales (art. 8.2). No obstante, la situación de hecho es la misma: desequilibrio en las posiciones contractuales de las partes y riesgo de que uno de los contratantes imponga unilateralmente condiciones contractuales en perjuicio de la otra parte.

interconexión y planificar así su estrategia empresarial y comercial de forma eficiente.

3ª) Garantiza la aplicación del principio de no discriminación al contener idénticas condiciones de interconexión para todos los operadores del mismo tipo. Correlativamente, contemplará diferencias para las distintas categorías de operadores, siempre que con ello no se distorsione la competencia el mercado.

4ª) Proporciona celeridad al proceso de negociación, articulándose como una garantía de condiciones mínimas, que la negociación sólo puede mejorar.

5ª) Es susceptible de ser impuesta por la CMT como reglamentación heterónoma de la relación de interconexión. Ante la negativa del operador a facilitar la interconexión técnica, a negociar acuerdos de interconexión o la frustración de la negociación, el organismo público habilitado para exigir la interconexión y en su caso, establecer condiciones a la misma, puede imponer el contenido de la OIR como reglamentación heterónoma dotada de la eficacia de los actos administrativos.

Aceptadas las condiciones de la OIR por el operador solicitante de interconexión, la resolución de la CMT impondrá una obligación de hacer técnico (la de proveer interconexión) en las condiciones técnicas, económicas y jurídicas previstas en la OIR. Estas condiciones, determinadas unilateralmente por el operador dominante con la aprobación de la CMT, reglamentarán la relación de interconexión y serán exigibles al operador dominante en sus relaciones con otro operador.

6ª) Proporciona un modelo de condiciones de interconexión. Es frecuente que la CMT, siquiera de forma provisional y en tanto no exista un acuerdo de las partes, aplique a la resolución de conflictos de interconexión las condiciones previstas en la OIR, aunque el operador que aplicará tales

condiciones no ostente la condición de dominante. Por ejemplo, en su resolución de 29-2-1999, *BT-Telefónica*, la CMT fija como precios de interconexión que deberá abonar *Telefónica* a *BT* por el servicio terminación de llamadas originadas en la red de *Telefónica* y destino en la red de *BT*, los estipulados en la OIR como precios a abonar por cualquier operador a *Telefónica* por la prestación de un servicio idéntico. No obstante, esta fijación es provisional y a reserva de un estudio más profundo sobre los precios de interconexión, la CMT impone a las partes el deber de compensación por la diferencia cuando se fijen definitivamente los precios.

C) *Naturaleza jurídica de la OIR.*

En la caracterización positiva de la OIR se aprecia la concurrencia de elementos propios del Derecho Público y del Derecho Privado: por un lado, su contenido es aprobado y en su caso, modificado por un órgano administrativo mediante una resolución susceptible de recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa; por otra parte, contiene las condiciones en las que el operador dominante celebrará acuerdos de interconexión y que, previa aceptación de la parte que solicita la interconexión, reglamentarán la relación jurídica de interconexión. Esto, junto con su funcionamiento dentro del proceso de negociación de acuerdos de interconexión, plantea problemas cuando se pretende emitir un juicio sobre su naturaleza jurídica. En particular, las dudas surgen al determinar si se trata de una auténtica oferta contractual.

C.1. *Naturaleza jurídico-privada de la OIR.*

La OIR es un acto privado y no un acto administrativo. En la mayoría de ordenamientos de nuestro entorno se ha implantado un modelo basado en la presentación de una propuesta de oferta elaborada por el operador obligado y sometida a la supervisión de la ANR, que la aprueba, fija la fecha de su entrada en vigor y en su caso, exige su modificación. Un modelo alternativo, no acogido por nuestro Derecho, es el de elaboración de la OIR por la propia autoridad

reguladora¹⁹⁵. La Administración (la CMT, salvo para el período transitorio) “controla” que los operadores cumplan su deber de publicar una OIR, “supervisa” el resultado de tal actuación e interpreta su contenido¹⁹⁶. Pero carece de potestad para elaborar por sí misma una OIR.

¹⁹⁵ La transposición del art. 7.3. Directiva 97/33 no ha sido homogénea en todos los Estados comunitarios. España, Italia o Francia han optado por el modelo descrito en el texto (cfr. art. 14 del Decreto italiano de 23-4-1998, de *Disposizioni in materia di interconnessione nel settore delle telecomunicazioni*, GU.n.133, de 10-6-1998 y art. D 99-11 del Decreto francés 97-188, de 3-3-1997, *relatif a L'interconnexion*); distinta es la regulación en Alemania, donde la Agencia Reguladora podrá “componer” una OIR extraída de los acuerdos comunicados por un operador dominante y para las que cabe preveer su inclusión en una pluralidad de contratos (§ 6 (5) de la Ordenanza alemana de interconexión). Una vez formulada, las condiciones recogidas en esta “Grundangebot” se incluirán en las condiciones generales en las que el operador dominante facilita la interconexión. Nada obsta para que, por la libre negociación de las partes, se acuerden condiciones particulares que se aparten de las contempladas en la Oferta de Referencia (§ 1 Abs. 2 und Abs 4 AGBG) (sobre la Oferta de Referencia en el Ordenamiento alemán, cfr. PIEPENBROCK, Comentario § 6 NZV, en BECK'SCHER, *TKG*, págs. 503-505, núms. 17-23).

En el Reino Unido, también se acoge el sistema de OIR elaborada por el propio operador y sometida al control de la Administración. La Licencia de *British Telecommunications* (BT), antiguo operador monopolista, concedida al amparo de la sección séptima de la *Telecommunications Act* de 1984 el 22-6-1984, vigente a partir del 5-8-1984 y sucesivamente modificada, faculta al Director General de Telecomunicaciones para exigir a BT la publicación de aquellos términos o condiciones presentes en un número considerable de acuerdos de interconexión celebrados entre BT y los operadores de las diversas categorías, facultando al mismo DGT para modificar dichas condiciones cuando estime irrazonable su aplicación respecto a un determinado acuerdo o, con carácter general, para cualquier acuerdo. Las condiciones publicadas funcionan como condiciones generales aplicables a los acuerdos de interconexión celebrados por BT con cualquier operador que lo solicite. Así se deriva de los apdos. 8B.1 y 8B.2 de la decimotercera condición de las condiciones de la Licencia de BT (Cfr. RÜTTER, P.M., “Interconnection Agreements in Großbritannien” en *Archiv für Post und Telekommunikation* núm. 4, 1993, págs. 362-376, en concr. pág. 372). Tales previsiones se completan con la condición 13.5A.3A en la que se exige a BT la presentación para su aprobación por la Administración de las tarifas exigidas por la prestación de los servicios de interconexión. La determinación de condiciones y precios estándar permite reducir significativamente las intervenciones del Director General exigiendo la interconexión por falta de acuerdo entre los operadores en un plazo razonable (condition 13.5) (Cfr. COLIN D. LONG, *Telecommunications Law*, págs. 87 y 88). El texto completo de la licencia puede consultarse en ANGEL J. & WALDEN I., *Telecommunications Law Handbook*, págs. 172-348, en concreto, para la condición 13, págs.189-220 y en GILLIES, D. & MARSHALL, R., *Telecommunications Law*, págs. 138-172.

De forma análoga, en EE.UU, la *Telecommunications Act* de 1996 prevé la posibilidad de los operadores locales de presentar para su aprobación por la Comisión estatal, una propuesta que recoja los términos o condiciones generales en los que se acordará la interconexión (sec. 252, apdo. f (1)), lo cual no eximirá a los citados operadores de su obligación de negociar con los operadores que lo soliciten, en los términos de la section 251 (sec.252, apdo. f (5)). La Comisión estatal aprobará la propuesta siempre que sea acorde con las estipulaciones de la Ley y podrá añadir nuevas condiciones a las propuestas por el operador (sec. 252, apdo. f (2)).

¹⁹⁶ Cfr. resoluciones CMT de 11-3-1999, por la que se aprueba la contestación a las consultas realizadas por *Esprit Telecom de España, S.A.* y *RSL Communications Spain S.A.*, sobre los plazos relativos a los puntos de interconexión en la OIR de *Telefónica, S.A.* y 22-7-1999, contestación relativa a la consulta realizada por *Telefónica, S.A.* en relación con los puntos de interconexión con los operadores con licencias B1 de ámbito nacional.

Toda oferta contractual expresa la autonomía de la voluntad de quien la formula, en su doble proyección de libertad de contratación y libertad de configuración del contenido contractual. Unánimemente, califica la doctrina la oferta contractual como una manifestación de voluntad unilateral e inicial, cuya génesis o proceso formativo corresponde a su autor en exclusiva¹⁹⁷. En principio, la OIR es una manifestación de voluntad del operador dominante de acordar la interconexión conforme a las condiciones que en ella se prevén, con cualquier otro operador que lo solicite. Es una oferta pública o *ad incertam personam*¹⁹⁸ dirigida a todos los titulares de redes públicas de telecomunicaciones y operadores de servicios del mismo tipo. Pero, sin perjuicio de lo que se expondrá en el subepígrafe siguiente, estas afirmaciones han de ser desde ahora matizadas.

La OIR ni es una declaración de voluntad libre y autónomamente emitida, ni la reglamentación contractual que contiene procede íntegramente del poder de autodeterminación del operador dominante. La autonomía del operador que formula la OIR se encuentra restringida. Restringen el poder de autodeterminación del operador las *normas* que exigen imperativamente la redacción de una propuesta de oferta y su subsiguiente publicación en la forma y plazo estipulados, predeterminan parte de su contenido y pueden motivar una modificación de la oferta sin la intervención de su autor¹⁹⁹. El incumplimiento de las citadas normas constituye una infracción administrativa por incumplimiento de obligaciones en materia de interconexión (art. 79.10 LGT).

¹⁹⁷ Véase por todos MENÉNDEZ MATO, *La Oferta...*, págs. 50-52.

¹⁹⁸ Siguiendo al profesor DIEZ-PICAZO, utilizaré estos conceptos como sinónimos (*Fundamentos... I*, pág. 288). Como es sabido, otros autores distinguen entre las “ofertas al público” y las “ofertas *ad incertam personam*”, caracterizadas las primeras por el hecho de que de ellas pueden derivarse tantos contratos como personas la acepten; mientras que las segundas solamente pueden dar nacimiento a un único contrato con la persona que primero la acepte (Cfr. MENÉNDEZ MATO, *La Oferta...*, págs. 181 y 182). Aplicando esta clasificación, la OIR se encuadraría dentro de las “ofertas al público”, pues de ella se derivarán tantos contratos como solicitudes de interconexión se formulen al operador dominante.

¹⁹⁹ El artículo 12.1.b RIN prevé que las modificaciones que tengan su origen en normas adoptadas por el Ministerio de Fomento en el ámbito de sus competencias y, en particular, para adaptar la oferta a las exigencias de la normativa vigente y a los avances tecnológicos, deberán incorporarse al texto de la oferta y serán de aplicación desde el momento en que tales normas lo determinen.

Por otra parte, la autonomía del oferente resulta también limitada por la intervención heterónoma de la *Administración* que mediante un acto administrativo aprueba, modifica y determina la fecha de entrada en vigor de la oferta. Estas restricciones al poder de autodeterminación de los operadores dominantes constituyen medidas de regulación asimétrica que pretenden limitar su poder de negociación y se justifican en la necesaria implantación de la competencia. Sólo matizadamente se puede afirmar que la denominada “oferta” de interconexión de referencia constituye realmente una declaración de voluntad, pues tanto el acto volitivo desencadenante del proceso (propuesta de oferta), como el contenido de tal acto se encuentran heterointegrados por elementos extraños a la voluntad del autor.

Pero ni las normas imperativas, ni las amplias facultades de la Administración sobre la OIR tienen entidad suficiente para menoscabar su naturaleza privada. La aprobación administrativa o la predeterminación imperativa de algunos de sus elementos (v. gr. el precio) no excluye el carácter privado de un determinado acto. No pierden su calificación como contratos privados los contratos-tipo, para los que la normativa sectorial exige la previa aprobación por la Administración, que también está habilita para exigir la modificación de sus condiciones²⁰⁰. Tampoco la OIR pierde su carácter privado por el hecho de ser la Administración quien la aprueba, determina su eficacia y en su caso, exige la modificación de su contenido. La elaboración de la OIR

²⁰⁰ En el Derecho de las Telecomunicaciones existen numerosos ejemplos de contratos tipo aprobados por la Administración y susceptibles de modificación por la misma. Este tipo de contratos aparecen frecuentemente en el ámbito de las relaciones entre operadores y usuarios finales pero también se prevén en ciertas relaciones entre operadores (cfr. arts. 23 y 24 R.D. 1486/1994, por el que se aprueba el Reglamento Técnico y de prestación del servicio de telecomunicación de valor añadido de telefonía móvil automática, BOE núm. 168, de 15-7-1994; art. 40 R.D. 1912/1997, por el que se aprueba el Reglamento Técnico y de prestación del servicio final telefónico básico y de los servicios portadores, BOE núm. 307, de 24-12-1997; art. 56.2 R.D. 1736/1998, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el Título III de la LGT en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones, BOE núm. 213, de 5-9-1998 ; art. 13 R.D. 1558/1995, por el que se aprueba el Reglamento técnico y de prestación del servicio portador de alquiler de circuitos, BOE núm. 248, de 17-10-1995 o art. 11 de la Orden MF de 26-3-1999, por la que se establecen las condiciones para la provisión del acceso indirecto al bucle de abonado de la red pública telefónica fija, BOE núm. 86, de 10-4-1999). Sobre los contratos tipo en el sector de las telecomunicaciones véase CARRASCO PERERA, A., MENDOZA LOSANA, A. E IGARTUA, F., “Los derechos de los usuarios...”, págs. 655-667.

corresponde en exclusiva al operador dominante, la Administración (CMT o MF, para período transitorio) se limita a aprobar, modificar o denegar la aprobación de la propuesta formulada por tal operador, pero no puede suplantar su voluntad y componer una OIR.

Es necesario distinguir entre el acto administrativo de aprobación y/o modificación de la OIR y el acto privado que es objeto de aprobación²⁰¹:

- *El acto administrativo de aprobación de la OIR.* Es una declaración de voluntad soberana emitida unilateralmente por la autoridad administrativa dotada de potestad para producir este tipo de actos, conforme a los trámites del procedimiento administrativo.

Su contenido puede ser: i) aprobar la OIR propuesta por el operador dominante; ii) aprobar dicha OIR con las modificaciones propuestas por la CMT; iii) denegar la aprobación de la propuesta de OIR formulada por el operador. En cuanto introduzca modificaciones a la propuesta del operador, heterointegrará el contenido de la Oferta.

Es un acto administrativo declarativo y no susceptible de ejecución forzosa, porque tampoco es susceptible de cumplimiento o incumplimiento. No crea para el operador dominante la obligación de contratar, ni para el resto de los operadores la obligación de aceptar la oferta. Tampoco constituye en favor de éstos un derecho subjetivo a exigir la celebración de acuerdos de interconexión en los términos de la OIR²⁰². La aprobación de la OIR no elimina la libertad de

²⁰¹ La distinción a la que me refiero se observa con nitidez en el art. 11.1.III RIN: “La información contenida en la oferta de interconexión de referencia se publicará en la forma y en los términos que determine la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, mediante resolución que será publicada en el ‘Boletín Oficial del Estado’”. Una cosa es la resolución de la CMT (o del MF, para el período transitorio) publicada en el BOE y otra la OIR que contiene la información que en su caso, reglamentará la interconexión.

²⁰² En el Capítulo II, epígrafe 3, se examinó que, sin perjuicio de las exigencias del Derecho de la Competencia y en particular, de la aplicación de la doctrina de las *essential facilities*, la legislación sectorial no impone a los operadores dominantes una obligación de celebrar acuerdos de interconexión distinta al deber genérico de proveer interconexión impuesto al resto de operadores.

negociar acuerdos de interconexión para ninguno de los operadores implicados. Como ya nos es conocido, la celebración de acuerdos de interconexión, -en los términos de la OIR o en los términos libremente negociados-, se configura como una carga para los operadores implicados. Así, el efecto jurídico de este acto administrativo se consuma con su contenido puramente declarativo, pero no produce efectos jurídicos susceptibles de aplicación práctica (aplicación al ámbito de los hechos)²⁰³. Se limita a dar validez (o en su caso, no reconocer tal validez) como OIR a la propuesta formulada por el operador obligado a ello.

La aprobación administrativa de la OIR se orienta únicamente a tutelar la competencia en el mercado y garantizar la interconexión. Pretende corregir los desequilibrios en las respectivas posiciones negociadoras entre operadores dominantes y resto de operadores. Es uno de los instrumentos con los que el legislador provee a la CMT para realizar su función de salvaguardar la competencia en el mercado de las telecomunicaciones (art. 1.Uno Ley 12/1997) y garantizar la interconexión de las redes (art. 1.Dos.f Ley 12/1997). Pero este acto administrativo de aprobación de la OIR carece *per se* de eficacia interprivada. A diferencia de la OIR (insisto, acto privado), el acto administrativo emitido para su aprobación o modificación no reglamenta la relación de interconexión.

- *El acto objeto de aprobación (la propuesta de OIR)*. Es una declaración de voluntad unilateral del operador obligado a formular la OIR, que será válida siempre que la voluntad del operador se haya formado libre de vicios y alcanzará eficacia como OIR cuando haya sido aprobado por la Administración y a partir del momento en el que ésta lo determine.

²⁰³ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso...I*, págs. 491-495, donde distingue entre autotutela declarativa y ejecutiva. Insiste el autor en la necesidad de deslindar los conceptos de acto administrativo y coacción ejecutiva de la Administración. Todos los actos administrativos gozan de la presunción de legalidad y obligan al inmediato cumplimiento (autotutela declarativa); pero no todos son susceptibles de ejecución forzosa (autotutela ejecutiva). La coacción ejecutiva de la Administración o autotutela ejecutiva sólo es aplicable a aquéllos que impongan a los administrados obligaciones de dar, hacer, no hacer o soportar y siempre que el obligado rehúse el cumplimiento de dichas obligaciones (págs. 744-749).

La OIR reglamentará las relaciones de interconexión en las que sea parte el operador dominante, cuando éstas se constituyan. Contiene siempre condiciones técnicas, económicas y jurídicas de interconexión (precio, servicios, interfaces técnicos...etc). Su contenido está heterointegrado por las normas sectoriales imperativas y en su caso, por las modificaciones introducidas por la CMT en el acto de aprobación. Las condiciones previstas en la OIR reglamentarán las futuras relaciones de interconexión entre el operador dominante y terceros operadores solicitantes de interconexión bien por ser autónomamente aceptadas (acuerdo de interconexión), o bien por ser heterónomamente impuestas por la CMT. En este caso existirá un nuevo acto administrativo de la CMT. Éste “califica” como condiciones de interconexión las dispuestas en la OIR. Este acto administrativo sí impone a los operadores afectados (dominante y solicitante) deberes de hacer, no hacer y soportar y como tal, es susceptible de ejecución forzosa por la Administración (art. 95 Ley 30/1992).

En la práctica, la distinción formulada no se presenta tan tajante. Ambos actos constituyen el producto final, la OIR. Ésta no tendrá eficacia como tal sin la aprobación administrativa y su contenido puede resultar modificado por el acto administrativo. Es decir, siquiera indirectamente, el acto de aprobación también disciplina la relación de interconexión. Pero tal distinción es útil porque revela con nitidez la diferente naturaleza jurídica de ambos actos: el acto de aprobación es un acto administrativo, sometido al control de la jurisdicción contencioso-administrativa; el acto aprobado es una declaración de voluntad privada, cuyo contenido está heterointegrado con elementos ajenos a la voluntad del declarante y sometido al control de la jurisdicción civil en cuanto reglamente una relación jurídica entre particulares²⁰⁴. Esto es así incluso en los supuestos en los que las condiciones de interconexión recogidas en la OIR no constituyan el contenido de un AGI, sino que sean impuestas por la CMT (acto administrativo de eficacia interprivada, constitutivo de una relación jurídica entre particulares)²⁰⁵.

²⁰⁴ Obviamente, la aprobación administrativa no excluye el control jurisdiccional de las relaciones interprivados (cfr. CARRASCO PERERA, MENDOZA LOSANA, “Los derechos de los usuarios...”, págs. 664-667, part. pág. 666).

²⁰⁵ Las competencias del juez civil sobre las relaciones de interconexión en atención a su

En *conclusión*, a tenor de los rasgos del régimen jurídico de la OIR, ésta puede calificarse como *Derecho imperativo de iniciativa privada*. Es *Derecho imperativo* porque contiene las normas aplicables a los acuerdos de interconexión en los que sea parte el operador dominante. Establece unos mínimos indisponibles, sometidos a la aprobación de la Administración, que además puede modificarlos en cualquier momento (art. 12 RIN). Aceptada la OIR, el operador dominante no puede reconducir unilateralmente a negociación las condiciones previstas en ella (“imperatividad unilateral” de la OIR).

Pero la OIR es *Derecho imperativo de iniciativa privada*. Ello por varias razones: i) la iniciativa de la elaboración y propuesta para su aprobación corresponde al operador dominante (arts. 28 LGT y 9.2 RIN); ii) el operador ha de mantener actualizada la OIR y puede introducir modificaciones, siempre que se cumplan los trámites requeridos para su aprobación (art. 12.1 RIN); iii) los operadores pueden de mutuo acuerdo modificar el contenido de la OIR.

C.2. *Una cuestión problemática: la OIR como oferta contractual.*

La calificación de la OIR como auténtica oferta contractual no es una cuestión baladí. Si la OIR es calificada como una auténtica oferta contractual, la mera aceptación por el operador solicitante de interconexión supone la perfección del Acuerdo General de Interconexión (art. 1254 CC). De ello derivan consecuencias importantes: i) el Acuerdo perfeccionado por la aceptación de la Oferta transforma el deber genérico de proveer interconexión en un deber específico de proveer interconexión en los términos de la OIR; ii) el cumplimiento de este deber será exigible al operador dominante no sólo por la CMT, sino también por el operador solicitante de interconexión, frente a quien se ostenta tal deber; iii) el operador solicitante es ya titular de un derecho subjetivo privado que le legitima para solicitar ante la Jurisdicción civil el cumplimiento de las prestaciones debidas en los términos de la OIR y en su caso, la indemnización por cumplimiento tardío o defectuoso (arts. 1101 y 1124 CC); iii) el incumplimiento

fuentes de constitución serán analizadas en el Capítulo IV.

del deber de proveer interconexión constituiría una infracción administrativa muy grave por incumplimiento de obligaciones en materia de interconexión (art. 79.10 LGT).

A pesar de su denominación como “oferta”, la calificación de la OIR como oferta contractual en sentido técnico no es una cuestión exenta de dudas. De su regulación positiva en la LGT y en el RIN no se deduce esta calificación. El artículo 28 LGT parece aludir a una función meramente indicativa o expositiva de la OIR: “deberá estar desglosada por elementos, con arreglo a las necesidades del mercado y a las condiciones técnicas y económicas que resulten de aplicación, *indicando* entre otros extremos, los precios y los niveles de calidad”. Las previsiones del artículo 11 RIN sobre el contenido mínimo de la OIR recogen los elementos que, a su vez, el artículo 8 enumera como contenido mínimo de todo acuerdo de interconexión. La OIR “indica” las condiciones de interconexión que, con el carácter de mínimas, regularán las relaciones de interconexión en las que sea parte el operador dominante. Por ello, habrá de describir los precios máximos aplicables a cada uno de sus componentes [art. 11.2., letra l) RIN], informar sobre las diversas modalidades de interconexión [art. 11.1.b)] y prever, en su caso, condiciones técnicas o económicas diferentes en función del tipo de interconexión y de las condiciones de las licencias (art. 11.3 RIN). Sobre esta regulación, la doctrina ha coincidido en calificar la OIR no como una oferta contractual en sentido técnico, sino como un conjunto de bases para la negociación o una invitación a contratar²⁰⁶.

Sin embargo, la CMT ha declarado que la OIR es una auténtica oferta contractual, afirmando que “La Oferta de Interconexión de Referencia ha de constituir un documento que incluya todos los elementos esenciales de una oferta contractual completa, solo necesitada de aceptación por los operadores a que va dirigida”²⁰⁷. A pesar de tales pronunciamientos en favor de la calificación de la

²⁰⁶ Cfr. VÁZQUEZ LÉPINETTE, *La obligación ...*, pág. 152; CARRASCO PERERA, Y MENDOZA LOSANA, “Interconexión...”, pág. 525.

²⁰⁷ Informe de 27-10-1998, apdo. VI.A. A esta doctrina se remiten varias resoluciones de la CMT, v.gr. res. 11-2-1999, relativa a la adopción de medidas cautelares en el expediente abierto en

OIR como auténtica oferta contractual, ésta ha sido concebida en la práctica como un conjunto de condiciones mínimas, que se imponen a toda negociación de acuerdos de interconexión con el operador dominante y no como una auténtica oferta contractual. El cumplimiento de las condiciones fijadas en la OIR sólo es exigible al operador dominante cuando existe un Acuerdo de Interconexión o un acto de la CMT que declare aplicables a la interconexión solicitada tales condiciones. Antes de este momento, la negativa del operador dominante a aplicar las condiciones de interconexión de la OIR era sólo un indicio del agotamiento de las posibilidades de lograr un acuerdo de interconexión entre los operadores²⁰⁸. No hay ninguna resolución de la CMT que haya sancionado al operador dominante por negarse a proveer interconexión en las condiciones de la Oferta. Aceptada ésta por el operador solicitante de interconexión, la única consecuencia jurídica que se deriva de ello es la exclusión de las condiciones previstas en la Oferta del proceso de negociación. Si el operador dominante pretendía reconducir unilateralmente a la negociación lo dispuesto en la OIR, se entendían agotadas las posibilidades de lograr un acuerdo y justificada la intervención de la CMT (art. 22.3 LGT). Ésta al emitir la resolución final y sin perjuicio del ulterior acuerdo de las partes, ha calificado como condiciones de interconexión las previstas en la OIR. Las condiciones así impuestas obligan a ambos operadores no porque se haya perfeccionado ningún acuerdo de interconexión (principio de integridad de la contratación), sino por la disposición unilateral del órgano administrativo habilitado para exigir la interconexión e imponer condiciones a la misma a través de un acto administrativo. En este contexto y a pesar de la rotundidad de estas declaraciones, conviene reflexionar sobre la calificación de la OIR como auténtica oferta contractual.

Según la doctrina civil clásica, la oferta contractual es “una propuesta de

relación con la solicitud de intervención presentada por *Colt Telecom España, S.A.* en el conflicto suscitado sobre la interconexión entre la red de dicha entidad y la de *Telefónica de España, S.A.* (apdo. Tercero FD); res. 29-7-1999, sobre la solicitud de intervención planteada por *Cabletelca, S.A.* en relación con la conclusión de su acuerdo general de interconexión con *Telefónica* en condiciones OIR (apdo. II.Tercero.2).

²⁰⁸ Vid. *supra* sobre criterios de determinación del agotamiento de las posibilidades de acuerdo de interconexión.

conclusión de un determinado contrato que una persona realiza a otra, con tal grado de definición que con la simple aceptación de esta última el contrato proyectado viene a la vida jurídica”²⁰⁹. En otros términos, “es una declaración de voluntad unilateral recepticia. Se dirige a la conclusión del contrato y a la reglamentación jurídica a establecer mediante él”²¹⁰. También en el Derecho positivo se acoge esta definición. El artículo 14 de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980²¹¹ establece que “la propuesta de celebrar un contrato, dirigida a una o varias personas determinadas, constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación”.

Por definición, en toda oferta contractual han de concurrir dos elementos: la presencia de una voluntad contractual clara, definitiva y real en el oferente (elemento subjetivo) y el carácter completo de la oferta (elemento objetivo)²¹², de forma que la simple aceptación del destinatario produzca la perfección del contrato propuesto. Cada uno de estos elementos se identifica con una esfera específica de la libertad contractual: su elemento subjetivo se corresponde con la libertad de conclusión de contratos; su elemento objetivo refleja la libertad de configuración interna del contrato. Por ello, se ha afirmado que la oferta es una de las expresiones más claras de la libertad contractual de las personas²¹³. Tales afirmaciones no son automáticamente extrapolables al ámbito de la OIR. Como ya se ha indicado, ésta ni es una declaración de voluntad libre y autónomamente emitida, ni la reglamentación contractual que contiene procede íntegramente del poder de autodeterminación del operador dominante.

²⁰⁹ MENÉNDEZ MATO, *La Oferta contractual*, pág. 129, vid. también págs. 23 y 46.

²¹⁰ FLUME, *El negocio jurídico*, pág. 744.

²¹¹ Instrumento de adhesión del Estado Español de 17-7-1990. Texto del Convenio publicado en BOE de 30-1-1991.

²¹² Sobre los elementos de la oferta contractual, v. por todos MENÉNDEZ MATO, *La Oferta Contractual*, págs. 129-179.

²¹³ MENÉNDEZ MATO, *La Oferta Contractual*, pág. 144.

Para decidir si la OIR es realmente una oferta contractual, habrá que comprobar la presencia en ella de los elementos propios de toda oferta, esto es la voluntad contractual y su carácter completo.

a) *Voluntad contractual del oferente*²¹⁴.

La voluntad contractual del oferente se presenta de forma matizada en la OIR. La OIR es una declaración de voluntad unilateral del operador dominante²¹⁵. Pero no procede de una voluntad autónoma y libre de concluir contratos.

En principio, la publicación de una OIR manifiesta la voluntad del operador dominante de cumplir su deber genérico de proveer interconexión de redes, a cualquier operador que lo solicite, en las condiciones de la Oferta (art. 22, apdos. 1 y 2 LGT)²¹⁶. Pero la elaboración y publicación de la OIR no es íntegramente producto de la voluntad libre y autónoma del operador dominante. Éste se encuentra legalmente obligado a realizar una propuesta de Oferta y publicarla en los términos exigidos por la CMT (art. 28.1 LGT); parte del contenido de la OIR se impone imperativamente a la voluntad del operador y el incumplimiento de esta obligación constituirá una infracción administrativa por incumplimiento de “obligaciones en materia de interconexión” (art. 79.10 LGT en

²¹⁴ La utilización del término “oferente” no prejuzga sobre la calificación de la OIR como oferta contractual. Se emplea aquí dicho término en un sentido no técnico, sinónimo de proponente.

²¹⁵ Cfr. Res. CMT de 22-7-1999, contestación a la consulta realizada por *Telefónica, S.A.* en relación con los puntos de interconexión con los operadores con licencias B1 de ámbito nacional, apdo. II.

²¹⁶ La CMT ha afirmado que “desde un punto de vista jurídico, la OIR de *Telefónica, S.A.* es un instrumento establecido por el ordenamiento jurídico vigente para concretar la obligación legal que recae sobre el operador dominante, de facilitar la interconexión a los demás operadores con derecho a ello. En cuanto tal, la OIR, que consiste en una declaración de voluntad unilateral con un contenido establecido legalmente, configura una situación jurídica del operador dominante respecto a los demás operadores, y puede ser la base de una relación jurídica que dé lugar a un acuerdo de interconexión” (Res. 22-7-1999, contestación relativa a la consulta realizada por *Telefónica, S.A.* en relación con los puntos de interconexión con los operadores con Licencias B1 de ámbito nacional, apdo. II); en similares términos, res. CMT de 4-3-1999, contestación a la consulta formulada por el operador de cable *Cabletelca, S.A.* en relación a la aplicabilidad de la OIR como marco vinculante para sus negociaciones y acuerdo de interconexión con *Telefónica, S.A.* (apdo. III.2).

relación con su art. 28) y en su caso, un acto de competencia desleal por infracción de normas (art. 15 LCD).

Al margen de cual sea la voluntad real del operador que publica la OIR, esta obligación de proponer y publicar la OIR es instrumental del deber genérico del operador de proveer interconexión (soportar y facilitar la conexión de la red de terceros a la red propia) y de hacerlo en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias (arts. 22.4 LGT y 9.1 RIN). Mediante la OIR se facilita la negociación con el operador dominante, limitando las posibilidades de comportamientos abusivos en la determinación del contenido contractual y se garantizan los principios de objetividad, transparencia y no discriminación²¹⁷.

A través de la elaboración y publicación de la OIR, el operador dominante no sólo cumple una obligación legal, también evitará la intervención “materialmente heterónoma” de la CMT. No podrá eludir la intervención de la CMT exigiendo la interconexión efectiva e imponiendo condiciones de interconexión como contenido de un acto administrativo dotado de eficacia ejecutiva (art. 22.3 LGT); pero, por regla general y salvo que concurren circunstancias que justifiquen un trato distinto, el contenido material de esa reglamentación heterónoma coincidirá con el previsto en la OIR, que es un acto privado emitido por el propio operador dominante. Así, esta intervención de la CMT es sólo “formalmente heterónoma” (se exige la interconexión y se imponen condiciones por la voluntad soberana del organismo público), pero “materialmente autónoma” (se imponen las condiciones predispuestas por el operador, sin perjuicio de su posible heterointegración previa a la aprobación administrativa). Esta práctica constituye un mecanismo de protección de terceros, que han confiado en lograr la interconexión efectiva en los términos de la OIR y conforme a sus términos diseñan su estrategia empresarial.

²¹⁷ Vid. resoluciones CMT de 11-2-1999 y 13-5-1999, *Colt-Telefónica*; de 4-3-1999, consulta de *Cabletelca* sobre aplicabilidad de la OIR; de 29-7-1999, sobre solicitud de intervención planteada por *Cabletelca, S.A.* en relación con la conclusión de su acuerdo general de interconexión con *Telefónica* en condiciones OIR.

La ausencia de voluntad libre y autónoma del operador no es obstáculo suficiente para negar a la OIR el carácter de oferta contractual; tampoco lo es la inexistencia de una voluntad real de contratar, que en cualquier caso quedaría suplantada por la aprobación administrativa de la propuesta formulada por el operador. Son indiferentes los motivos internos, -la propia iniciativa o la “coacción” legal-, que conducen al operador a formular la Oferta. Lo que impide calificar una oferta como auténtica oferta contractual no es la ausencia de una voluntad autónomamente formada, sino la ausencia de una auténtica voluntad contractual, por la necesidad de nuevas declaraciones de voluntad²¹⁸. Para ser una auténtica oferta, la declaración del operador dominante ha de reflejar una voluntad definitiva de contratar en los términos ofrecidos, de forma que por la mera aceptación y sin ulterior consentimiento del operador dominante, quede perfeccionado el acuerdo de interconexión.

Conforme al tenor literal de la OIR de *Telefónica* para el año 2001, la simple aceptación de su contenido no era suficiente para considerar concluido el acuerdo de interconexión. En su apartado primero, disponía que “la OIR *deberá concretarse, previamente a la interconexión* de una red a la de *Telefónica de España*, en un Acuerdo General de Interconexión *entre el operador que solicite la interconexión y Telefónica de España* que contendrá las condiciones técnicas y financieras de la prestación de los servicios de interconexión”²¹⁹. Esta declaración condicionaba el nacimiento del contrato a la formalización de un posterior acuerdo y por ello, impedía la consideración de la OIR como auténtica oferta contractual²²⁰. Obsérvese que no se trataba de una mera facultad conferida al aceptante o a un tercero de concretar el contenido contractual, dentro de las distintas opciones proporcionadas en la Oferta, -lo que no excluiría su calificación como oferta contractual²²¹-. Era una concreción del contenido contractual

²¹⁸ Cfr. DIEZ-PICAZO, “La formación del contrato”, *ADC*, 1995, T. XLVIII, págs. 5-31, conr. pág. 6; FLUME, *El negocio jurídico...*, pág. 745.

²¹⁹ OIR de Telefónica de España, S.A.U. para operadores con Licencia de tipo A, B y C, Septiembre 2001, apdo. 1.2.

²²⁰ Cfr. MENÉNDEZ MATO, *La Oferta Contractual*, pág. 133.

²²¹ Cfr. FLUME, *El negocio*, pág. 744.

mediante un AGI entre *Telefónica* y el operador solicitante, de modo que ni la mera aceptación de las condiciones de la Oferta por el solicitante de interconexión, ni la determinación unilateral de las condiciones técnicas o económicas, aplicables a su relación de interconexión con el operador dominante, perfeccionarían el contrato. La obligación del operador dominante de proveer interconexión efectiva (interconexión física y funcional exigible a un operador concreto) no nacía de la aceptación de la OIR por el solicitante, sino del Acuerdo General de Interconexión celebrado entre éste y el dominante. A estos efectos, la misma OIR contenía un contrato-tipo de Acuerdo General de Interconexión (apdo. 11), eficaz desde el día siguiente al de su firma (apdo. 11.15.1).

Así, si la OIR ha de concretarse; si la concreción ha de realizarse a través de un AGI; si éste ha de ser negociado entre *Telefónica* y el operador solicitante; y si la adhesión del solicitante al contrato-tipo de interconexión contenido en la OIR no perfecciona el AGI, la OIR no revela una voluntad del operador dominante de quedar vinculado contractualmente por su propuesta. Para que nazca el vínculo obligatorio es preciso no sólo la manifestación de voluntad del operador solicitante de interconexión (aceptación de la Oferta), sino también la del operador dominante.

Sin embargo, aceptar que el contenido de la OIR ha de ser concretado en todo caso por el Acuerdo General de Interconexión, negociado entre el operador dominante y el solicitante de interconexión, implica ignorar el valor instrumental de la OIR en la negociación de acuerdos de interconexión. A través de la OIR, el legislador pretende introducir mecanismos de corrección de los desequilibrios de las posiciones negociadoras entre los operadores dominantes y el resto de operadores y evitar que aquéllos puedan abusar de su posición. Con ello, se persigue agilizar la introducción de la competencia en el mercado y garantizar la interconexión efectiva e inmediata. Si se admite que la mera aceptación del contenido de la OIR sólo supone una propuesta de inicio de negociaciones, la OIR carece de utilidad para la consecución de tales objetivos²²².

²²² Este entendimiento llevó a la CMT a exigir la eliminación de la propuesta de OIR de

Estas consideraciones han llevado a la CMT a exigir la revisión de la OIR de *Telefónica*. Si se aplica coherentemente en la práctica la Resolución de la CMT de 10 de julio de 2003, sobre la modificación de la OIR de “Telefónica de España”, la situación descrita está próxima a desaparecer. La citada Resolución, haciéndose eco de los numerosos conflictos de negociación derivados de la falta de aplicación inmediata de relevantes contenidos de la OIR (v.gr. servicios prestados) exige que la OIR sea una oferta contractual completa, que contenga los elementos esenciales del futuro contrato y para ello obliga a *Telefónica* a publicar el Cuerpo Principal y Anexos del AGI y los Adenda de cada uno de los servicios contenidos en la OIR. En el Addendum han de figurar la totalidad de los datos necesarios para que la contratación pueda hacerse efectiva “sin más necesidad de contacto entre las partes que la estrictamente necesaria para el intercambio de los datos confidenciales y técnicos entre el operador interesado y *Téléfónica*”²²³. La CMT declara expresamente que “la OIR es un contrato de adhesión que se perfecciona por la simple aceptación de sus términos por parte de los Operadores interesados” y que “la aceptación de cualquiera de los términos de la OIR, por el Operador interesado supone la aceptación del contrato-tipo de la misma”.

La OIR revela la voluntad contractual del oferente en cuanto recoge el catálogo de condiciones mínimas en las que el operador celebrará acuerdos de interconexión²²⁴. Es una oferta de mínimos, imperativos para el operador dominante. Contiene condiciones mínimas de interconexión, que resultan innegociables para él. Sus condiciones le vinculan desde que son aceptadas por cualquier destinatario de la Oferta (titulares del derecho de interconexión). Su

Telefónica (Octubre de 1998) de la referencia a la negociación obligatoria de las condiciones de la Oferta. En su Informe propuesta de 27-10-1998, la CMT afirma que, “*de conformidad con el valor vinculante que, [...], se atribuye a la OIR*, y por ende al contrato tipo incluido en la Oferta, *se propone suprimir la advertencia preliminar* insertada en el citado ‘Anexo a la Oferta de Interconexión de Referencia’ presentado por *Telefónica, S.A.*, que señala que ‘*este texto no sustituye a la obligada negociación que se ha de producir entre Telefónica y el Operador que solicita la interconexión, al objeto de alcanzar un Acuerdo General de Interconexión*’”(apdo. VI.A.1ª).

²²³ Res. CMT 10-7-2003, FD II, apdo. 19.4, pág. 408.

²²⁴ Cfr. Res. CMT de 22-7-1999, relativa a la consulta realizada por *Telefónica, S.A.* en relación con los puntos de interconexión con los operadores con Licencias B1 de ámbito nacional, apdo. IV.

contenido *sólo puede ser modificado por mutuo acuerdo de los operadores y en tanto no vulnere las normas de la competencia*²²⁵. Aceptada la OIR, se perfecciona el acuerdo de interconexión. Los operadores sólo han de concretar aspectos puramente técnicos y en su caso, negociar las condiciones de interconexión de la red del operador dominante a la red del otro operador. Pero si el solicitante de interconexión la acepta, la OIR es Derecho imperativo. El operador dominante no puede reconducir unilateralmente a negociación las condiciones previstas en ella.

b) *Carácter completo de la OIR.*

El carácter completo o la suficiente precisión²²⁶ es elemento esencial y determinante de la existencia de una oferta contractual²²⁷. Para que una oferta tenga carácter completo no es preciso que contenga detalladamente todos y cada uno de los aspectos del contrato propuesto (ej. condiciones de pago, duración...), basta que contenga los elementos esenciales del contrato proyectado²²⁸. Esto es, el objeto y la causa, de modo que la mera aceptación por cualquier destinatario produzca el nacimiento del contrato²²⁹. Son elementos objetivamente esenciales, que deben estar perfectamente definidos en la oferta: el tipo concreto de cosa o servicio objeto del contrato y, cuando éste sea a título oneroso, el precio o

²²⁵ En su resolución de 29-7-1999, sobre conflicto de interconexión entre *Telefónica* y *RSLCOM* para hacer efectiva la interconexión, afirma la CMT, respecto a la fijación del contenido de cláusulas controvertidas que “habrá que estar a lo dispuesto en la OIR de *Telefónica*, oferta de condiciones mínimas del operador dominante a los entrantes. Dichas condiciones son a las que tiene derecho un operador de telecomunicaciones sin necesidad de mayor negociación, por lo que procede su aplicación en este caso, dado que no se ha llegado a un acuerdo entre las partes sobre su contenido, por lo que el entrante se puede acoger a ellas” (apdo. III.6).

²²⁶ Cfr. Art. 14 Convención de Viena de 1980, comentado por DIEZ PICAZO, “La formación...”, págs. 7 y ss.

²²⁷ Cfr. MENÉNDEZ MATO, *La Oferta*, págs. 144 y ss, así como la bibliografía y jurisprudencia allí citadas.

²²⁸ Cfr. MENÉNDEZ MATO, *La Oferta*, pág. 145.

²²⁹ Obviamente, ello no impide que el oferente establezca en su propuesta un contenido más amplio. En cuyo caso, todos los elementos contenidos en la propuesta (esenciales y no esenciales) requerirán la aceptación (DIEZ-PICAZO, “La formación...”, pág. 10).

contraprestación de la otra parte. La oferta ha de determinar tales elementos o contener criterios para su determinación, sin necesidad de un nuevo convenio. Si se remite la determinación de estos elementos a un posterior acuerdo de las partes, la oferta se considera incompleta y no constituye una oferta contractual, sino un acto encuadrable en los generales tratos preliminares.

La CMT ha sostenido el carácter completo de la OIR y acepta su calificación como oferta contractual. La Comisión exige que se conozcan con claridad las condiciones de interconexión y que las mismas puedan transformarse en un contrato mediante una simple aceptación, sin dilaciones significativas, pues ello proporciona sencillez al proceso de negociación, incrementa las posibilidades de concluir un acuerdo en un plazo adecuado y garantiza la existencia de una competencia efectiva en el mercado²³⁰. Como ya se ha expuesto, la CMT ha estimado que la OIR satisface tales exigencias y afirma que contiene “detalladamente” todos los elementos de precios, servicios y redes necesarios en un acuerdo de interconexión, debiendo ser considerada como una oferta contractual completa, sólo necesitada de la aceptación por los operadores a que va dirigida²³¹. Sin embargo, tales afirmaciones no han alcanzado en la práctica su auténtico significado. Como lo reconoce la propia Comisión en su Resolución de 10 de julio de 2003, sobre modificación de la OIR de *Telefónica*²³².

El objeto del Acuerdo General de Interconexión es la interconexión de las redes (entendida aquí como conexión física y funcional). Como es sabido, se trata

²³⁰ Informe propuesta de 27-10-1998, apdo. VI.A.

²³¹ Resoluciones CMT 11-2-1999 y 13-5-1999, ambas relativas al conflictos de interconexión suscitado entre *Colt* y *Telefónica*, apdo. III, 2º y apdo. II, respectivamente.

²³² En la citada Resolución, la CMT admite que a pesar de la definición de la OIR como auténtica oferta contractual, la práctica revela que no ha funcionado como tal en los procesos de negociación. En términos literales afirma que “la OIR es ante todo una oferta que emite el operador dominante y, como tal oferta, ha de permitir la perfección de un contrato a través de su simple aceptación. Hasta la fecha, esta Comisión sólo se ha pronunciado respecto a la aplicabilidad directa del Anexo III de la Oferta (precios), de manera que bastaba la simple solicitud por parte del operador interconectado para que se entendiera perfecto el vínculo contractual en lo que se refería a la aplicación de los nuevos precios.

Tras varios años de experiencia, en los que el esquema de aplicación de la OIR ha variado escasamente, los Servicios de esta Comisión entienden que se debe dar un paso definitivo y aclarar con carácter general, que la OIR es un auténtico contrato de adhesión, que facilita su aplicación tanto a los operadores entrantes como al operador dominante” (Cfr. FD II, apdo. 19.4.)

de un objeto complejo en el que se integran una pluralidad de prestaciones recíprocas, tendentes a garantizar la interconexión de las respectivas redes de los operadores²³³. La OIR *describe* esas prestaciones y las condiciones de ejecución de las mismas (art. 11 RIN).

En el contenido mínimo de la OIR han de figurar “las condiciones generales”, bajo las que se encuadran “todas aquellas condiciones necesarias para la realización y el mantenimiento de la interconexión entre los operadores” [art. 11.2.k) RIN]. La CMT ha entendido que, dado que cada interconexión fundada en la Oferta habrá de tener como base un contrato, entre dichas “condiciones necesarias” distintas a las técnicas, a las que ya se refiere el apdo. d) del artículo 11 RIN, y económicas, expresamente contempladas por la letra l) del artículo 11 RIN, se encuentran todas las precisas para que la simple aceptación de la oferta por un operador pueda hacer surgir el contrato²³⁴.

En atención a ello y siguiendo la tendencia marcada por otros ordenamientos²³⁵, la OIR de *Telefónica* contiene el denominado “*Contrato Tipo*

²³³ La cláusula 1ª del Contrato tipo de interconexión, que figura en la OIR de *Telefónica* para el 2001, define el objeto del contrato en los siguientes términos: “El objeto del Acuerdo General de Interconexión entre TELEFÓNICA, S.A. y EL OPERADOR es el de interconectar las redes públicas de telecomunicaciones de TELEFÓNICA y las redes de telecomunicaciones del OPERADOR según lo previsto en la legislación vigente, de forma que posibilite la interoperabilidad de los servicios en las condiciones que posteriormente se determinan” (punto 1.1); “La interconexión, para el cumplimiento de los objetivos descritos en el punto 1.1 se realizará mediante la provisión de los Servicios de Interconexión [...], y técnicamente a través de los Puntos de Interconexión [...]”.

Para la determinación del objeto rigen los artículos 1271 a 1273 CC, así como los preceptos específicos relativos al objeto en cada contrato (ej. 1450 compraventa, 1544 arrendamiento de obras y servicios...).

²³⁴ Informe CMT de 27-10-1998, apdo. VI.A.

²³⁵ En la mayoría de los Estados comunitarios se ha procedido a la publicación de las preceptivas OIR de los operadores dominantes, incluyendo ésta un contrato tipo, o configurando la propia oferta como un Contrato Tipo con Anexos. Así, pueden citarse las Ofertas de *British Telecommunications* (“Network Charge Control Standard Interconnect Agreement”, Versión 2.0, 1-10-1997), *Deutsche Telekom* (Acuerdo de interconexión entre el socio de interconexión y *Deutsche Telekom AG*, versión 12-6-1997), *KPN Telecom* (“Agreement for interconnection and special network access between KPN Telecom and Telco”, versión 2-2-1998), *Telia* (“Interconnect Agreement between Telia AB and “The Operator”, versión 13-1-1997), *TeleDanmark* (“Interconnect Agreement between TeleDanmark A/S and Interconnected Party”, versión septiembre 1997). Es nota común a estos contratos que en ellos se redactan con gran precisión las cláusulas relativas a la revisión del contrato, introducción de nuevos servicios y procedimientos de

de interconexión” (apdo.11 OIR)²³⁶. La estructura básica de éste se compone de un Cuerpo General y tres Anexos (apdo. 9.3 OIR 2001)²³⁷. El Cuerpo General recoge los principios fundamentales que gobiernan el Acuerdo entre ambas entidades, así como los elementos formales y legales que regulan la relación entre las mismas; los Anexos recogen los aspectos técnicos, económicos y operativos ligados a la interconexión material²³⁸. El contrato-tipo contiene la reglamentación de la relación de interconexión, -conjunto de derechos y deberes de los

negociación, así como los procedimientos dirigidos a evitar la discriminación respecto a otros operadores.

²³⁶ La existencia de un contrato tipo dentro de la OIR se presentó como una alegación común de todos los operadores que, dada su condición de interesados, fueron consultados previamente a la elaboración del informe propuesta de la CMT sobre la OIR de Telefónica, S.A. Por su parte, la CMT afirma que “la inclusión de un contrato tipo o unas condiciones generales en la Oferta constituye un elemento de primera importancia para que ésta se adecue a la previsión legal de que constituya una propuesta que facilite la interconexión de un modo adaptado a las necesidades del desarrollo de la competencia en el mercado de las telecomunicaciones españolas” (Informe de 27-10-1998, apdo. VI.A.).

²³⁷ Adviértase que en el momento de redacción de estas páginas, Telefónica no ha publicado el texto consolidado de la OIR del 2003. La Resolución de la CMT de 10 de julio de 2003 concede al operador un plazo de tres meses a contar desde la notificación de la mencionada Resolución para que aporte a la Comisión el Cuerpo principal y Anexos del AGI y los Adenda de cada uno de los servicios contenidos en la OIR. Por esta razón, se reproduce la estructura del contrato tipo de la OIR del 2001.

²³⁸ Anexo 1-Anexo Técnico: recoge los aspectos técnicos del Acuerdo, incluye el contenido de los apartados 3 (Oferta de Centrales Abiertas a la Interconexión) y 7 (Características Técnicas Básicas del Servicio de conexión a la Red de Telefónica) y el Anexo 1 (Listado de Centrales) de la OIR para los distintos tipos de operadores;

Anexo 2-Anexo de Facturación y Cobro: recoge los procedimientos de intercambio de información, procesos de consolidación, formato de factura y demás elementos necesarios para la facturación y el cobro entre ambas entidades por contraprestaciones económicas devengadas de la ejecución del Acuerdo, incluyendo el contenido del apartado 8 (Consolidación y Facturación) y el Anexo 3 (Consolidación y Facturación) de la OIR;

Anexo 3-Anexo de Servicios: recoge la numeración, definición y descripción de los diferentes Servicios de Interconexión que los operadores se prestan, las contraprestaciones económicas a que da lugar la prestación de los Servicios de Interconexión, así como, si procede, los servicios a cliente final, que son cubiertos por los mismos y los criterios generales de tarificación y encaminamiento, incluyendo el contenido de los apartados 2 (servicios de Interconexión de Tráfico Conmutado), 4 (Niveles de Interconexión), 5 (Servicios Básicos Finales Garantizados en la Interfaz de Interconexión) y 6 (Otros Servicios) y el Anexo 2 (Precios) de la OIR; el Anexo 4 (Anexo de Glosario de términos y abreviaturas) que contiene el conjunto de términos y abreviaturas aplicables al conjunto del Acuerdo. Tales Anexos podrán llevar Apéndices asociados, si así lo deciden las partes (cláusulas 3.1 y 3.2 del contrato tipo incluido en la OIR de Telefónica). Estos anexos contienen las referidas condiciones previstas en los diferentes apartados de la OIR, distintos al apartado 9 relativo al contrato tipo. En mi opinión, no sólo es posible, sino imprescindible que estos anexos contengan condiciones distintas a las previstas en la OIR, ya que ésta se refiere únicamente a los servicios de interconexión ofrecidos por Telefónica o a los puntos de interconexión en los que Telefónica ofrece la interconexión pero no prevé los servicios de interconexión ofrecidos por el otro operador, como tampoco menciona nada acerca de sus puntos de interconexión. La mera aceptación de la oferta de contrato tipo no puede producir la perfección del acuerdo, es imprescindible que el proceso de negociación prosiga.

operadores-, integrada por las condiciones técnicas y económicas de la OIR.

En principio y derivado de esa calificación como “contrato-tipo”, basta la adhesión del solicitante de interconexión para la perfección del Acuerdo. Antes de su aceptación, el “contrato-tipo” no es un contrato, sino una propuesta de contrato, que de contener todos los elementos del futuro contrato constituirá una oferta contractual²³⁹. Lo que cualifica a una oferta de contrato como oferta de contrato-tipo es la predisposición unilateral del contenido contractual. Las diferencias entre la oferta de contrato-tipo y la oferta de otra modalidad de contrato (negociado) se ubican en la fase precontractual: el contenido de la propuesta de contrato-tipo no es fruto de un proceso previo de negociación o tratos preliminares, sino que procede de la voluntad del proponente que predispone unilateralmente dicho contenido²⁴⁰.

Las sucesivas Ofertas de Interconexión de Referencia anteriores a la de 2003 han carecido del carácter de auténticas ofertas contractuales por no presentar carácter completo. Y ello porque ni determinaban el objeto del contrato, ni permitían su determinación sin ulterior acuerdo de los operadores. Enumeraban con carácter general los servicios de interconexión que el operador dominante estaba obligado a prestar y fijaban los correspondientes precios. Pero el objeto del acuerdo de interconexión sólo quedaba determinado cuando la OIR se concretaba en un Acuerdo General de Interconexión y la conclusión de este acuerdo exigía la emisión de sendas declaraciones de voluntad de operador dominante y solicitante de interconexión. Las negociaciones y nuevas declaraciones de voluntad debían concretar el contenido de la OIR aplicable a una relación de interconexión determinada o, en otros términos, las condiciones en las que el operador dominante prestaría sus servicios de interconexión al operador solicitante.

²³⁹ Vid. MENÉNDEZ MATO, *La Oferta...*, págs. 59 y ss. El autor habla de una “extensión” o “ampliación” del concepto de oferta, sin que por ello quede desvirtuado el esquema clásico de perfección de contratos mediante la concurrencia de oferta y aceptación.

²⁴⁰ MENÉNDEZ MATO, *La Oferta...*, págs. 64 y 65.

Para corroborar lo que se acaba de afirmar, basta comprobar el contenido del denominado “Contrato-tipo” de interconexión contenido en la OIR de *Telefónica* para el año 2001. Es posible distinguir en su clausulado dos tipos de cláusulas: i) aquéllas referentes al objeto del futuro Acuerdo, cuyo contenido ha de ser ulteriormente concretado [v.gr. puntos de interconexión (cláusula 4ª) y servicios de interconexión (cláusula 5ª)]; ii) aquéllas cuyo contenido queda definido en la propuesta, sin necesidad de ulterior concreción [v.gr. contraprestaciones económicas (cláusula 7ª); régimen de responsabilidad (cláusula 10ª)].

El citado contrato-tipo no definía íntegramente el objeto del futuro acuerdo de interconexión. Para ello, se remitía a las condiciones recogidas en la OIR. Pero por la amplitud y características de éstas, resultaba imprescindible una labor de concreción realizada de común acuerdo por ambas partes precontractuales. En otros términos, para determinar el objeto del futuro contrato era precisa la negociación de los operadores y la emisión del consentimiento contractual. Por ejemplo, al definir los servicios de interconexión (conjunto de prestaciones que integran el objeto del contrato), el contrato tipo se remitía a la enumeración, definición y descripción de los mismos realizada en el Anexo 3 al propio contrato; el Anexo 3 incluía el contenido de los apartados 2 (Servicios de Interconexión de Tráfico Conmutado), 4 (Niveles de Interconexión), 5 (Servicios Básicos Finales Garantizados en la Interfaz de Interconexión) y 6 (Otros Servicios) y el Anexo 2 (Precios) de la OIR; cada uno de los apartados indicados recogía una pluralidad de servicios (servicios de interconexión de terminación, de acceso, de tránsito, de conexión a la red, de terminación de servicios de emergencia, acceso a servicios de inteligencia de red...) y niveles de interconexión (terminación a nivel local, en tránsito simple, en tránsito doble,...); la determinación del objeto contractual (conjunto de prestaciones que integra el servicio de interconexión para un acuerdo concreto) necesitaba no sólo la selección por el operador solicitante, sino también la conformidad del operador dominante, por lo general, emitida después de un proceso de negociación no exento de conflictos²⁴¹.

La OIR “describía” la pluralidad de prestaciones que podían ser objeto de acuerdos de interconexión. Para que el acuerdo quedase perfeccionado, era preciso que el operador solicitante “eligiera” entre el conjunto de prestaciones descritas las requeridas para llevar a cabo la interconexión solicitada y que constituirían el objeto contractual. Así, respecto a los puntos de interconexión, se exigía que la Oferta incluyera “la localización y la descripción de los puntos de interconexión” [art. 11.2.a) RIN] y era el operador aceptante, quien decidía los puntos que considerara convenientes de entre aquellos que le eran ofrecidos; la OIR establece un plazo de noventa días para que, solicitados los puntos de

²⁴¹ Las resoluciones de la CMT sobre conflictos de interconexión confirman esta conclusión. Aceptada la OIR, la posterior concreción de los elementos de un determinado acuerdo de interconexión, a menudo genera debates y conflictos de negociación entre las partes precontractuales. Sirvan de ejemplo los problemas planteados en la negociación de acuerdos de interconexión en torno a los acuerdos previos de confidencialidad contenidos en la Oferta (res. CMT de 11-2-1999, *Colt-Telefónica*); las dificultades para la implantación de los puntos de interconexión que se abrirán a una interconexión concreta (res. CMT de 8-4-1999 y 29-4-1999, ambas relativas a las condiciones del Proyecto Técnico para el establecimiento de los puntos de interconexión entre las redes de *RSL Communications Spain, S.A.* y *Telefónica, S.A.*) o las controversias para la fijación de precios.

interconexión, se realicen los oportunos procedimientos de provisión de puntos y se lleven a cabo las correspondientes pruebas²⁴²; lo mismo ocurría para los servicios²⁴³ y los niveles de interconexión²⁴⁴. A pesar de la terminología utilizada por la propia CMT, que hablaba de decisión unilateral del operador solicitante²⁴⁵, este acto de concreción exigía que los operadores acordaran un proyecto técnico en el que se incluían aspectos tales como la determinación de la ubicación concreta de puntos de interconexión, sus características técnicas y la asignación de las responsabilidades de ejecución del mismo²⁴⁶. La elaboración de este

²⁴² Así lo prevé la cláusula 4ª del Contrato tipo de interconexión a la red de *Telefónica*. Según la cual, “TELEFÓNICA ofrece al OPERADOR la interconexión en las centrales abiertas a la interconexión recogidas en la OIR a través de los Puntos de Interconexión cuya tipificación y características se detallan en el Anexo 1” (punto 4.1); “En Anexo al presente Acuerdo podrán figurar los Puntos de Interconexión cuya apertura haya solicitado EL OPERADOR, de entre los ofrecidos por TELEFÓNICA, a la fecha de la firma del Acuerdo General de Interconexión” (punto 4.2); “Cuando se requieran Puntos de Interconexión se aplicarán los procedimientos de solicitud y provisión establecidos en el Anexo 1”(punto 4.3).

²⁴³ La OIR describe los servicios de interconexión ofrecidos por *Telefónica* (apdo. 2, “Servicios de interconexión de tráfico conmutado”; apdo. 5, “Servicios básicos finales garantizados en la interfaz de interconexión; y apdo. 6, “Otros Servicios”). El Acuerdo General de Interconexión ha de contener la enumeración, definición y descripción de los distintos servicios de interconexión que los operadores se prestan y las prestaciones económicas a que dan lugar (cláusula 5ª del Contrato tipo de interconexión a la red de *Telefónica*). Así, por ejemplo, en el expediente abierto en relación con el conflicto para la interconexión de la red de *Colt* y la de *Telefónica*, una vez acordadas las correspondientes medidas cautelares, la CMT requiere a *Colt*, que se había acogido a la OIR de *Telefónica*, para que manifestara qué servicios y condiciones de dicha OIR solicitaba; el operador formuló una “*lista de servicios extractados de la OIR y solicitados a Telefónica* en el Proyecto Técnico de los Puntos de Interconexión”. Esta lista de servicios seleccionados por el solicitante integró el contenido de la resolución final del expediente en el que la CMT exige la interconexión efectiva e impone a *Telefónica* el deber de prestar los servicios seleccionados (res. CMT 13-5-1999).

En principio, todo parece indicar que esta es una mera operación de determinación del objeto contractual no necesitada de ulterior consentimiento del oferente. Sin embargo, la misma resolución permite albergar ciertas dudas: afirmado por la CMT que los servicios prestados por *Telefónica* serán los seleccionados por *Colt* de entre los propuestos en la OIR, afirma: “Ninguna de las dos partes han objetado la inclusión de estos servicios, precios y condiciones” (apdo. III.1). Si realmente, la OIR tiene carácter de oferta contractual, no tiene sentido esperar la oposición del oferente a la aplicación de tales servicios. Esta afirmación apunta más a la consideración de la OIR como oferta de mínimos, normalmente negociada entre los operadores, que a una auténtica oferta contractual.

²⁴⁴ La OIR describe los distintos niveles de interconexión a los que se provén los servicios de tráfico conmutado, según el tipo de central en el que se produce el intercambio de tráfico entre el operador interconectado y *Telefónica* en los servicios de acceso y terminación (apdo. 4.4).

²⁴⁵ En su Informe de 27-10-1998, la CMT afirma que “la Oferta ha de incluir ‘la localización y la descripción de los puntos de interconexión’, conforme al artículo 11.2.a) del Reglamento de Interconexión, y será el Operador que la acepte, quien decida, unilateralmente, solicitar los puntos de interconexión que considere convenientes de entre aquellos que le son ofrecidos. Tras esta solicitud se aplicarán los correspondientes procedimientos de provisión de los Puntos de Interconexión” (apdo. VI.A.3ª).

²⁴⁶ Vid. res. CMT de 11-3-1999, de contestación a las consultas realizadas por *Esprit Telecom de España, S.A.* y *RSL Communications Spain, S.A.* sobre los plazos relativos a los puntos de interconexión en la OIR de *Telefónica, S.A.*, apdo.IV.

proyecto técnico no estaba exenta de conflictos²⁴⁷. Una vez solicitados los puntos de interconexión, los servicios o los niveles de interconexión y concretados en el proyecto técnico acordado por las partes, el operador dominante no podía oponerse a la inclusión de los mismos en el Acuerdo General de Interconexión. Si lo hacía, su comportamiento sería considerado como un agotamiento de las posibilidades de lograr un acuerdo, lo que justificaba la intervención de la CMT (art. 22.3 LGT)²⁴⁸.

La posibilidad de concreción o determinación unilateral del contenido del contrato, en función de las necesidades del operador y en el marco de la Oferta, no excluye *per se* su carácter contractual (cfr. arts. 1273 CC y 14 Convención Viena de 1980²⁴⁹)²⁵⁰. Lo que excluye el carácter contractual es la necesidad de la emisión de una nueva declaración de voluntad del oferente para que la concreción sea eficaz y vincule contractualmente a ambos operadores. La necesidad, o no, de un nuevo convenio para determinar el objeto contractual es el elemento determinante de la existencia de una oferta contractual. El acto por el que el operador solicitante “elegía” las prestaciones que integraban el objeto contractual y subsiguientemente, los precios de interconexión asociados a ellas, no constituía un mero acto de determinación a *posteriori*, sino que exigía la aceptación por el operador dominante. El objeto del contrato sólo quedaba determinado cuando existía acuerdo entre los operadores, no bastaba la aceptación de la OIR.

En su resolución de 10 de julio de 2003, la CMT ha pretendido dotar a la

²⁴⁷ Cfr. resoluciones CMT de 8-4-1999 y 29-4-1999, sobre el expediente abierto en relación con el conflicto suscitado entre *RSL Communications Spain, S.A.* y *Telefónica, S.A.* concerniente a la constitución de los primeros puntos de interconexión entre las redes de las dos operadoras (apdo. I.1º y III); de 29-7-1999, sobre conflicto de interconexión entre *Telefónica* y *RSLCom* para hacer efectiva la interconexión, en la que se debate fundamentalmente sobre los servicios a incluir en el definitivo AGI y las condiciones para su prestación.

²⁴⁸ Vid. res. 11-2-1999, *Colt-Telefónica*, FD 2º.

²⁴⁹ El art.14.1 de la Convención de Viena de 11 de abril de 1980, sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías afirma: “la propuesta de celebrar un contrato, dirigida a una o varias personas determinadas, constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. *Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y expresa o tácitamente señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlas*”.

²⁵⁰ Cfr. FLUME, *El negocio jurídico*, pág. 744; MENÉNDEZ MATO, *La Oferta Contractual*, págs. 147 y 148. No obstante, por la posible incompatibilidad con los artículos 1256 y 1449 CC, este último muestra sus dudas acerca de la validez del contrato basado en la aceptación de una oferta en la que se deja al aceptante la facultad de determinación de algún elemento de la propuesta.

OIR de *Telefónica* para el año 2003 del carácter completo del que carecían sus predecesoras. Para ello, exige al operador dominante que aporte el Contrato-tipo de AGI integrado por el Cuerpo Principal, los Anexos y los Adenda de *cada uno de los servicios contenidos en la OIR*. Este Addendum deberá recoger la totalidad de los datos necesarios para que la contratación pueda “hacerse efectiva con la simple aceptación de los mismos por parte de este operador y sin más necesidad de contacto entre los contratantes que la estrictamente necesaria para el intercambio de los datos confidenciales y técnicos” (apdo. 2 del Resuelve). En este nuevo marco, la OIR se constituye como una oferta de mínimos, cuya eficacia debe ser automática tras su aceptación por los operadores entrantes, de modo que si el operador solicitante no muestra interés por la negociación particular, los términos de la OIR deberán ser “incondicionalmente aplicados por *Telefónica* y se tendrá por firmado el AGI o el Addendum al AGI que corresponda sobre la base de lo solicitado por el operador a *Telefónica*”²⁵¹. Así, la solicitud/aceptación del operador se convierte en dato fundamental a la hora de afirmar la aplicabilidad directa de la OIR. Es esta aceptación la que delimita el objeto del Acuerdo y éste habrá de firmarse, salvo pacto en contrario entre ambos operadores, en los términos contemplados por la OIR. Con, es esto se pretende agilizar el proceso de implantación de la interconexión en todas aquellas cuestiones en las que la OIR satisface las necesidades y expectativas del operador entrante, dejándose para un momento posterior aquellas cuestiones que, por separarse de los términos de la Oferta, o por no contenerse en la misma, requirieran de una negociación posterior entre *Telefónica* y el operador entrante. Esta consideración de la solicitud/aceptación como elemento de concreción del objeto contractual y por ende, de perfección del contrato exige que tal aceptación de la OIR sea lo suficientemente explícita como para que sea posible determinar cuáles son los elementos concretos de la oferta global sobre los que recae, asegurándose de este modo la determinación del objeto del contrato. Cuando la aceptación de cualquiera de los términos de la OIR, aparezca como incompleta, no permitiendo la perfección contractual, *Telefónica* deberá comunicar al operador

²⁵¹ Cfr. Res. CMT de 10-7-2003, F D II, apdo 19.4.

que realizó la aceptación aparentemente incompleta este defecto en un plazo máximo de diez días, si bien esta aceptación incompleta surtirá efectos respecto a los términos que no presenten defectos desde el momento en que ha sido recibida por *Telefónica*²⁵².

No siempre la aceptación de la OIR es suficiente para determinar el objeto del acuerdo. La OIR no contiene todos los elementos del futuro Acuerdo General de Interconexión en aquellos casos en los que ambos operadores se prestan recíprocamente servicios de interconexión. Sólo define las condiciones de interconexión de la red del operador solicitante a la del operador dominante pero no prevé las condiciones de interconexión de la red del operador dominante a la del solicitante. La OIR describe los servicios de interconexión a prestar por el operador dominante, pero no detalla los servicios de interconexión que prestará el operador solicitante al operador dominante. La aceptación de la OIR por el operador solicitante de interconexión y la elección unilateral de puntos y de servicios de interconexión no perfecciona el Acuerdo General de Interconexión. Queda parcialmente definido su objeto (servicios de interconexión prestados por el operador dominante), pero la negociación ha de proseguir para determinar los servicios de interconexión prestados por el operador solicitante al dominante y las condiciones de su prestación, que también forman parte del objeto del Acuerdo General de Interconexión²⁵³.

En los casos en los que ambos operadores se prestan recíprocamente servicios de interconexión, ambas prestaciones forman el objeto contractual. No existen dos acuerdos de interconexión, sino un único Acuerdo General de Interconexión que prevé recíprocas prestaciones de servicios. Es obvio que la aceptación de la OIR por el operador solicitante de interconexión no perfecciona el Acuerdo General de Interconexión²⁵⁴. Es imprescindible la negociación y posterior manifestación de los respectivos consentimientos contractuales por cada uno de los operadores. La aceptación no puede producir la perfección automática del acuerdo de interconexión. La formalización del Acuerdo General de

²⁵² Res. CMT de 10-7-2003, FD II, apdo. 19.4, pág. 406.

²⁵³ No obstante, no siempre la existencia de un Acuerdo General de Interconexión implica que ambos operadores se presten recíprocamente servicios de interconexión. En un AGI entre A y B es posible que sólo A ofrezca servicios de interconexión de acceso y terminación en su red de las llamadas originadas en la red de B; B se limite a pagar a A por la prestación de este servicio pero no preste simultáneamente el servicio de interconexión de acceso y terminación en su red de las llamadas originadas en la red de A, porque A ha preferido contratar con C, que también ha contratado con B, la prestación de un servicio de interconexión de tránsito y terminación de llamadas originadas en su red en la red de B. Este es el supuesto de hecho de la resolución CMT de 20-7-2000, sobre conflicto de interconexión entre *Airtel* y *RSLCOM* por la firma del Acuerdo General de Interconexión, caso en el que *Airtel* renuncia a utilizar los servicios de interconexión ofrecidos por *RSLCOM*.

²⁵⁴ En la interconexión entre la red de *Telefónica* y de *BT* se ha suscitado un conflicto de interconexión, que ha motivado la intervención de la CMT, por la negativa de *BT Tel* a aplicar los mismos precios previstos en la OIR a los servicios de interconexión prestados a *Telefónica*. El operador alega su derecho a solicitar que se le satisfaga un precio distinto por cuanto la estructura y la tecnología de su red son distintas de las de la red de *Telefónica* y en consecuencia, los servicios de interconexión que se ofrecen ambas redes no son comparables y por ello, los precios pueden ser distintos (Resolución CMT 29-4-1999, apdo. I.3º).

Interconexión exige una negociación de la interconexión en ambos sentidos²⁵⁵. Es decir, de la red del operador solicitante a la del operador dominante y de la de éste a la de aquél. La aceptación de la OIR podrá excluir la negociación del primero, pero no el segundo²⁵⁶. En otras palabras, la aceptación de las condiciones de la OIR, inclusive el contrato tipo, no excluirá la negociación ulterior de las condiciones en las que el operador dominante se interconecta al operador solicitante de interconexión²⁵⁷.

c) *Situación de terceros destinatarios en relación con la OIR*²⁵⁸.

La OIR es una oferta de mínimos indisponible unilateralmente para el operador dominante, que se dirige al conjunto de operadores titulares del derecho de interconexión (titulares de redes públicas de telecomunicaciones y operadores de servicios del mismo tipo a los que su título habilitante reconozca este derecho, arts. 22.1 LGT y 2.1 RIN).

²⁵⁵ Cfr. COLIN D. LONG, *Telecommunications Law...*, pág. 83.

²⁵⁶ Cfr. resoluciones CMT de 29-4-1999, donde se observa que la aceptación por BT de las condiciones de la OIR para la interconexión de su red a la de *Telefónica*, no implica una aplicación simultánea y automática de dichas condiciones para la interconexión de la red de *Telefónica* a la de BT; de 13-5-1999, en la que se recogen las ofertas y contraofertas intercambiadas entre los operadores en el proceso de negociación de las condiciones de interconexión de la red de *Telefónica* a la de *Colt* (apdo. I).

No obstante, conforme a la doctrina de la CMT, a falta de datos más fiables y en defecto de acuerdo de los operadores, rige el principio de reciprocidad y las condiciones de la OIR se aplican por analogía a los servicios de interconexión prestados por quien no es operador dominante. Así, en las Resoluciones de 29-4-1999, por la que se adoptan medidas cautelares en el conflicto de interconexión suscitado entre *Telefónica* y BT Telecomunicaciones, S.A. y de 13-9-2001, sobre la solicitud de intervención de BT Telecomunicaciones, S.A., con relación al conflicto suscitado en la negociación de la interconexión de su red con la red de *Telefónica* de España, S.A.U, la CMT aplica el principio de reciprocidad en precios y establece unos precios para el servicio de interconexión de terminación prestado por BT a *Telefónica* iguales a los precios de la OIR de *Telefónica*.

²⁵⁷ Las cláusulas 5 y 7 del contrato tipo (servicios de interconexión y contraprestaciones económicas, respectivamente) se remiten al Anexo 3 del Acuerdo para la enumeración, definición y descripción de los distintos Servicios de Interconexión, así como para la determinación de las tarifas y precios aplicables a cada servicio de interconexión. Para dotar de contenido dicho Anexo es preciso no sólo un acto de determinación del objeto contractual (elección por el operador solicitante de los diversos servicios ofrecidos por el operador dominante y descritos en la OIR), sino también la negociación de los servicios y precios ofrecidos por el operador solicitante de interconexión al operador dominante, que no están contemplados en la OIR.

²⁵⁸ Aunque la situación de los terceros en relación a determinada propuesta contractual, nada dice sobre su cualificación como oferta contractual, me ocupo aquí de esta cuestión por razones sistemáticas. Aceptada la calificación de la OIR como auténtica oferta contractual, conforme a los últimos pronunciamientos de la CMT, conviene examinar las consecuencias jurídicas que de esa afirmación se derivan para terceros.

Que la OIR es una oferta de mínimos significa que cualquier operador solicitante de interconexión puede adoptar alguna de las siguientes actitudes:

i) Aceptar la OIR. El solicitante de interconexión tiene derecho a constituir una relación jurídica de interconexión en los términos de la OIR. Conforme a lo exigido por la CMT en su Resolución de modificación de la OIR de *Telefónica* para el año 2003, la aceptación perfecciona el AGI. Si el operador solicitante no muestra interés por la negociación de condiciones distintas, “los términos de la OIR deberán ser incondicionalmente aplicados por *Telefónica* y se tendrá por firmado el AGI o el Addendum al AGI que corresponda sobre la base de lo solicitado por el operador a *Telefónica*”²⁵⁹. La aceptación de las condiciones ofrecidas es un derecho potestativo y de ejercicio discrecional, pues, como se expone seguidamente, también cabe la negociación de acuerdos de interconexión al margen de la OIR.

ii) Solicitar al operador dominante la negociación de condiciones distintas más favorables. Nada obsta para que las partes, de mutuo acuerdo, celebren Acuerdos de Interconexión en condiciones distintas a las propuestas, siempre que ello no vulnere las normas de la competencia, ni implique tratamientos discriminatorios para el resto de los operadores, que contratan con el operador dominante²⁶⁰;

iii) Oponerse a cualquier pretensión del operador dominante de

²⁵⁹ Res. CMT de 10-7-2003, FD II, apdo. 19.4, pág. 408.

²⁶⁰ El operador no está obligado a aceptar las condiciones de la Oferta. Si el operador no acepta la Oferta, podrá contratar porque la LGT expresamente le reconoce el derecho y la obligación de interconexión, así como el derecho instrumental de celebrar libremente acuerdos de interconexión. Así lo ha admitido expresamente la CMT en su Resolución de 10 de julio de 2003, donde tras calificar la OIR como oferta contractual completa, cuya aceptación determina la perfección de la relación contractual de interconexión, afirma: “no por ello debemos olvidar el principio que rige la celebración de los Acuerdos de Interconexión que es el de libertad negociadora de las partes y que consagra el artículo 22 de la LGTel. Es decir, las partes que celebran un Acuerdo de Interconexión pueden libremente pactar condiciones diferentes a las establecidas en la OIR, siempre y cuando su contenido no ampare prácticas anticompetitivas (bien por sus efectos frente a terceros, bien por ser abusivas o discriminatorias) o impida la interoperabilidad de los servicios” (FD II, apdo. 19.4, págs. 404).

reconducir unilateralmente a la negociación a las condiciones ya prefijadas y contenidas en la OIR y requerir la intervención de la CMT por agotamiento de las posibilidades de lograr acuerdo (art. 22.3 LGT);

iv) Solicitar a la CMT la modificación de las condiciones contractuales, cuando pudieran amparar prácticas contrarias a la competencia o perjudicar la interoperabilidad de los servicios (art. 22.2 LGT);

v) Impugnar ante la jurisdicción civil el acuerdo de interconexión en el que unilateralmente el operador dominante introduzca condiciones distintas a las previstas en el citado contrato-tipo, que a la vez forma parte de la OIR aprobada por la Administración.

vi) Exigir la reparación de los daños derivados de la negativa del operador dominante a contratar en los términos de la OIR. El comportamiento del operador dominante consistente en la elaboración y publicación de la OIR crea en el resto de operadores, que participan en el mercado o que puedan acceder al mismo, una expectativa razonable a obtener la interconexión de su red con la del operador dominante en los términos previstos en la OIR, sin perjuicio de su modificación por mutuo acuerdo. Los operadores se comportan en la confianza de obtener interconexión a las condiciones propuestas y diseñan su estrategia empresarial conforme a esta convicción (v.gr. inversión en redes, definición de servicios prestados al usuario final, disponibilidad de puntos de interconexión...etc.). Si el operador dominante se niega a introducir en el Acuerdo General de Interconexión las condiciones de la OIR o si pretende, unilateralmente, negociar su contenido, la expectativa del destinatario se ve en cierta medida frustrada.

Esta expectativa de los operadores de obtener interconexión en los términos de la OIR se tutela principalmente mediante la intervención de la CMT. En defecto de acuerdo entre los operadores, la CMT suele imponer como condiciones de interconexión las previstas en la OIR. Pero cabe pensar en una

tutela de Derecho privado, en concreto el reconocimiento al solicitante de una acción de responsabilidad civil por *culpa in contrahendo* (art. 1902 CC)²⁶¹.

Para que nazca una acción como la indicada es necesario que concurran dos presupuestos: 1º) que uno de los operadores adopte un comportamiento ilícito por ser contrario a la buena fe, que actúa como límite a la libertad contractual *ex* arts. 7. 1 y 1255 CC²⁶²; 2º) que tal comportamiento cause daños al otro operador, que ha actuado confiando en el comportamiento de aquél. Sin entrar aquí en valoraciones sobre el interés indemnizable por la vía de la responsabilidad por *culpa in contrahendo*²⁶³, -cuestión que sobrepasaría los límites de este estudio-, sí se puede afirmar que, de admitir esta acción resarcitoria en relación a la OIR, el interés indemnizable sería el interés negativo o de confianza²⁶⁴. Se resarcirían los daños producidos por la no obtención de interconexión en los términos de la OIR (v.gr. gastos por habilitación de puntos de interconexión, adquisición de equipos de las características técnicas fijadas en la OIR...).

En el régimen de la OIR, la intervención de la CMT impide, en la generalidad de los casos, la concurrencia del supuesto de hecho requerido para el nacimiento de la acción de resarcimiento por culpa in contrahendo.

En general, el carácter público o abierto de la oferta aconseja no reconocer una pretensión indemnizatoria a los terceros que vieran frustradas sus expectativas. Se esgrimen dos razones: la imposibilidad del oferente de preveer el número de destinatarios²⁶⁵ y el menor grado de confianza que la oferta pública

²⁶¹ Sobre la naturaleza extracontractual de esta responsabilidad cfr. CARRASCO PERERA, “Artículo 1101 CC”, pág. 429 y MENÉNDEZ MATO, *La Oferta Contractual*, pág. 222.

²⁶² Cfr. MENÉNDEZ MATO, *La Oferta*, págs. 220 y 221; GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*. Tecnos. Madrid, 1991, págs.39 y ss.

²⁶³ Vid. CARRASCO PERERA, “Artículo 1101”, pág. 429 y “Artículo 1107”; GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual*, págs. 230 y ss.

²⁶⁴ Cfr. CARRASCO PERERA, “Artículo 1101”, págs. 429 y 230.

²⁶⁵ Afirma el profesor CARRASCO que, tratándose de una oferta hecha al público (como sería la OIR de aceptarse su calificación como oferta contractual), “los destinatarios de la misma no pueden pretender del oferente estos daños [se refiere a los gastos realizados en atención a la

genera en sus destinatarios, con respecto a las ofertas dirigidas a destinatarios determinados²⁶⁶. Sin embargo, el carácter público *de la* OIR no es un obstáculo que impida el reconocimiento de la mencionada pretensión.

Por lo que se refiere al grado de confianza razonable puesta por los terceros, la aprobación administrativa de la OIR refuerza el grado de confianza que estos terceros pueden depositar en ella, con respecto a las otras ofertas o propuestas públicas no aprobadas por la Administración. No obstante, esta confianza no puede ser ilimitada. Así, si solicitada la interconexión y aceptada la OIR, el operador dominante no contesta o contesta negativamente y a pesar de ello, el solicitante mantiene su confianza en lograr la interconexión en los términos de la OIR (v.gr. adquiere equipos con las características técnicas requeridas en la Oferta, habilita puntos de interconexión adecuados a las exigencias de ésta...etc.), incurre en un abuso de confianza. Si posteriormente, no obtiene la interconexión en los términos de la OIR (ej. la CMT declara que, conforme al art. 22.1.II, ésta no es exigible o fija condiciones distintas a la OIR), no prosperará su pretensión de resarcimiento de los gastos ya realizados en la confianza de obtener la interconexión en tales términos.

En cuanto al número de destinatarios, éste es imprevisible en el momento de elaboración y publicación de la OIR y subsiguientemente, son también imprevisibles los daños que se pueden derivar de una retirada de la OIR, de una

oferta y que posteriormente se revelan inútiles], pues el número de estos destinatarios se presenta al oferente como un hecho *imprevisible*" ("Artículo 1101", pág. 431). La imprevisibilidad ha de entenderse referida al límite indemnizatorio fijado en el art. 1107 CC: "Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento" (cfr. del mismo autor, "Artículo 1107" en ALBALADEJO Y DÍAZ ALABART (Directores), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*. Tomo XV, Vol 1º, EDERSA, págs. 709-752, concr. pág. 742).

²⁶⁶ Cfr. GARCÍA RUBIO, M.P., *La responsabilidad precontractual*, pág. 150. La confianza creada en un destinatario razonable ha de ser distinta en función del tipo de oferta. Según esto, el destinatario razonable de la oferta pública tendría una expectativa a la conclusión del contrato de menor entidad que la que tendría el destinatario de una oferta determinada. Esta falta de confianza lo que impide reconocer la pretensión resarcitoria, ya que no se ha defraudado su expectativa razonable, o aunque, subjetivamente, se haya defraudado, dicha expectativa no merece la tutela del Ordenamiento.

negativa a celebrar Acuerdos de Interconexión en los términos de la misma o de una pretensión de negociar las condiciones de la OIR. Pero una vez comunicada la solicitud de interconexión y la aceptación de la OIR por un operador determinado al operador dominante, la propuesta pierde su carácter indeterminado. Tras la aceptación, la OIR es una propuesta dirigida a una persona determinada y como tal, la actitud injustificada del operador dominante que se opone a concluir el Acuerdo de Interconexión en los términos de la OIR, sorprendiendo la confianza puesta por el tercero, puede dar lugar a daños resarcibles²⁶⁷.

Es la intervención de la CMT la que en la mayoría de los casos impide la producción de daños resarcibles por la vía de la responsabilidad civil por culpa *in contrahendo*. De no intervenir la CMT, la negativa del operador dominante a proveer interconexión en los términos de la OIR causaría daños a terceros que han confiado en obtener interconexión en las condiciones de la OIR y han actuado conforme a esa convicción (v.gr. han diseñado técnicamente su red para lograr la mayor eficiencia en atención a lo estipulado en la OIR, han habilitado puntos de interconexión conforme a las exigencias de la OIR, han preparado la publicidad de sus servicios al usuario final confiando en la OIR...etc). El comportamiento del operador dominante consistente en la publicación de una OIR, aprobada por la CMT, crea en estos terceros una expectativa legítima que no puede ser defraudada. Si solicitada una interconexión concreta, el operador dominante se niega injustificadamente a proveerla en los términos de la OIR, -al margen de que la negativa a contratar constituya un abuso de posición de dominio [art. 6.2.c) LDC, doctrina de las facilidades esenciales] o un acto de competencia desleal (art. 5 LCD)-, su comportamiento es contrario a la buena fe porque frustra una expectativa razonable del solicitante, que ha confiado en obtener la interconexión en las condiciones de la OIR (interés de confianza).

Sin embargo, la imposición por la CMT de las condiciones de la OIR, o de otras que ella misma fije en atención a las circunstancias del caso, impide, en la mayoría de los supuestos, la causación de un daño ilícito. El interés de confianza

²⁶⁷ Vid. CARRASCO PERERA, "Artículo 1101", pág. 431.

del operador no sufre daño alguno, porque gracias a la intervención de la CMT dicho interés no se ve frustrado. La Resolución de la CMT suplanta la ausencia de Acuerdo. Así, el interés del operador en la obtención de la interconexión en los términos de la OIR queda indemne.

Con todo, no hay obstáculo para admitir la acción de resarcimiento por *culpa in contrahendo*, cuando, a pesar de la intervención de la CMT, el operador solicitante de interconexión pruebe la causación de daños derivados de su expectativa razonable a lograr la interconexión, fundada en la actuación del operador dominante en el proceso de negociación. Así, si el operador dominante mantuvo en la parte precontractual la expectativa de celebrar el Acuerdo de Interconexión en los términos de la OIR, llegada determinada fecha y en atención a ello, el operador realizó una campaña publicitaria en la que anuncia la prestación de unos servicios, en función de dicha fecha y en condiciones sustentadas en la OIR, si posteriormente el Acuerdo no se celebra y se prueba que el operador obró de mala fe con el único propósito de retrasar el acceso al mercado del operador solicitante, a éste se le infieren unos daños de confianza que han de ser indemnizados, aunque haya intervenido la CMT exigiendo la interconexión efectiva.

Es evidente que todo comportamiento del operador dominante que implique prolongar el proceso de negociación de la interconexión supone para el operador solicitante de la misma un retraso en el momento de su incorporación al mercado y, por consiguiente, un eventual daño. Sin perjuicio de la ulterior imposición de la interconexión por la CMT, el operador dominante que pretende modificar o negociar unilateralmente las condiciones de la OIR, se niega a la celebración de Acuerdos de Interconexión en los términos de la misma o, con el fin de posponer la intervención de la CMT, hace nacer en el otro la confianza en la celebración de un Acuerdo, que no llega a celebrarse, causa un daño al operador solicitante de interconexión. Este daño consiste en la pérdida de ganancia que supone no acceder al mercado al tiempo que otros operadores, que no han sufrido el comportamiento descrito del operador dominante o que no han confiado en la

celebración del Acuerdo y han solicitado la intervención de la CMT. El comportamiento lesivo realizado por el operador dominante constituye un ilícito competencial (abuso de posición de dominio o acto de competencia desleal) y el lucro cesante podrá ser resarcido como un daño competencial (arts. 13 LDC y 18 LCD)²⁶⁸. En este caso, no se indemniza la frustración de la confianza²⁶⁹. El daño se produce por el comportamiento del operador dominante, independientemente de que el destinatario confíe o no en la obtención de la interconexión y aunque no realice ninguna actuación fundada en esa expectativa razonable.

D) Intervención de la CMT sobre la OIR: aprobación y modificación.

El artículo 11.1 del RIN impone a los operadores obligados a disponer de una OIR el deber de “presentar una propuesta de dicha oferta a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones” (párrafo I). El mismo precepto atribuye a la CMT la potestad de fijar la fecha a partir de la cual la OIR surtirá efectos, así como de “dictar resolución motivada instando a la modificación de la oferta” (párrafo II). Aceptada la naturaleza privada de la OIR, surgen varios interrogantes en torno a su aprobación y las facultades de modificación de la CMT. Algunas de tales cuestiones merecedoras de análisis son: el alcance y los límites de la facultad de modificación; el momento en el que ésta puede ejercerse o, en otros términos, si la CMT puede de oficio y en cualquier momento exigir la modificación de la OIR aprobada y vigente y por último, los efectos de la modificación sobre los AGI vigentes.

²⁶⁸ Sobre las dificultades de cálculo de los daños derivados de ilícitos competenciales vid. MASSAGUER, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Civitas. Madrid, 1999, págs. 546-549.

²⁶⁹ No se discute aquí si el lucro cesante integra o no el interés de confianza. Según ciertos sectores de la doctrina, el lucro cesante no es indemnizable en esta fase en la que aún no existe vínculo contractual entre el causante del daño y el que sufre el daño, cfr. MENÉNDEZ MATO, *La Oferta Contractual*, pág. 223, nota 577; en contra, de la exclusión de los lucros cesantes como partidas computables dentro del interés de confianza, GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual*, págs.239-242, con.cr. pág. 242.

D.1. Alcance y límites de la potestad de modificación de la propuesta de OIR.

En principio y como ha declarado la Comisión, las facultades de modificación de la OIR son ilimitadas, sin más requisitos que la motivación de la resolución en la que se inste a la modificación (art. 28.2 LGT) y el respeto a los principios de actuación de la Comisión²⁷⁰.

Otras normas que habilitan a la Administración para modificar las condiciones incluidas en contratos tipo establecen límites materiales a esta facultad, condicionando la introducción de modificaciones a motivos específicos [v. gr. “para adaptarlos a las exigencias de la normativa vigente o para alcanzar un mayor equilibrio entre las partes”²⁷¹, “para evitar un trato abusivo” (en contratos entre operadores y usuarios)²⁷² o “cuando afecten a la competencia en el mercado”²⁷³]. No se contemplan tales límites para la modificación de la OIR. Ni el artículo 28.2 LGT ni el 11.1.II RIN se pronuncian sobre las razones que justifican el ejercicio por la CMT de su facultad de exigir la modificación de la Oferta.

La potestad de modificación de las condiciones previstas en la Oferta supone la atribución a la CMT de la facultad de realizar un control de contenido

²⁷⁰ Informe propuesta sobre las modificaciones a la OIR de Telefónica (apdo. IV.a): “no se establecen limitaciones a esta propuesta de modificación: tan sólo las derivadas del respeto a los principios y normas que rigen la actuación de la CMT [...] (procedimiento administrativo; objeto que rige la CMT, velar por la libre competencia en el mercado)”.

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que, a diferencia de la facultad excepcional de modificación de las condiciones ya incluidas en los acuerdos de interconexión (art. 22.2 LGT), se trata de una competencia ordinaria de la CMT que se une a las previstas en la Ley 12/1997 y en el Reglamento de la CMT. Las diferencias entre ambas facultades de modificación radican en la faceta de la autonomía de la voluntad afectada: mientras que en el supuesto del artículo 22.2 se limita la libertad contractual en su máxima expresión (dos partes han consentido la formalización del contrato); en el supuesto del artículo 28.2 se limita la posibilidad de un operador -que ostenta la condición de dominante y por ello, se le presume una posición negociadora privilegiada- de predisponer el contenido contractual. No obstante, en ambos casos, la intervención de la Comisión se justifica en la tutela de los intereses públicos.

²⁷¹ Cfr. art. 13.2 RD 1558/1995; art. 40.5 RD 1912/1997.

²⁷² Cfr. art. 54.5 LGT; 56.4 RD 1736/1998.

²⁷³ Cfr. art. 56.4 RD 1736/1998 (*in fine*).

sobre las mismas y por ello, una restricción a la autonomía del disponente. Esta limitación de la libertad negociadora se justifica en la posición privilegiada que ocupa el operador dominante en la negociación de los acuerdos de interconexión y en el empeño del legislador de garantizar que el poder de autodeterminación bilateral de los operadores no quede reducido o anulado por el poder de autodeterminación unilateral del operador dominante. Con todo, la vigencia en nuestro ordenamiento del principio general de autonomía privada (art. 1255 CC) y su concreción en la libre negociación de acuerdos de interconexión (art. 22.2 LGT) impide aceptar el carácter ilimitado de la intervención de la CMT.

El objeto principal de la existencia y funcionamiento de la Comisión es la salvaguarda, en beneficio de los ciudadanos, de las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos (art. 1.Dos.1 Ley 12/1997). En atención a tal objeto, al que habrán de orientarse todas sus actuaciones²⁷⁴, y considerando, en particular, su función de fomentar “que la interconexión que se produzca sea adecuada para satisfacer las necesidades de los usuarios”, teniendo en cuenta, entre otros, “el fomento de un mercado competitivo” y “la aplicación de los principios de no discriminación, incluido el de igualdad de acceso, y el de proporcionalidad” (art. 2.3 RIN), se puede afirmar que *las modificaciones introducidas por la CMT sólo se justifican en la tutela de los intereses públicos*²⁷⁵.

También la referencia del artículo 28.1 LGT a “las necesidades del mercado” como criterio determinante del contenido de la OIR, servirá para delimitar las funciones de la CMT en relación a dicho contenido. Según la

²⁷⁴ Cfr. BERMÚDEZ ODRIOZOLA, L., “Autoridades Reguladoras” en CALVO DÍAZ, G. (Directora), *El Nuevo Marco Jurídico de las Telecomunicaciones y de los Servicios Audiovisuales*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1999, pgs. 199-242, concr. pg. 222 y 223).

²⁷⁵ A estos principios, como fundamento de la obligación de publicar una OIR y de las modificaciones introducidas por la CMT, se refiere el informe de la CMT sobre la propuesta de OIR de *Telefónica* (apdo. V del informe propuesta de 27-10-1998). En este sentido afirma FERNANDO PABLO, M.M. que la OIR “podrá ser modificada por la CMT motivadamente por contradecir alguno de estos principios”, refiriéndose a los principios de no discriminación, transparencia, objetividad y proporcionalidad del artículo 22.4 LGT (*Derecho General de las Telecomunicaciones*, pág. 83).

Exposición de Motivos del RIN, “las necesidades del mercado” son básicamente “el desarrollo de la competencia” y en concreto, “facilitar la actividad de los nuevos operadores”²⁷⁶.

Por el momento en el que la CMT realiza este “control de contenido”, es un control genérico y abstracto. Se lleva a cabo antes de la entrada en vigor de la OIR, cuando aún se desconoce la identidad de los futuros solicitantes de interconexión y las condiciones de interconexión previstas en la OIR no son todavía aplicables a la reglamentación de ninguna relación de interconexión. Ello impide a la Comisión corregir los posibles desequilibrios patrimoniales que se deriven de la OIR en relación con un operador concreto. Para corregir estos posibles desequilibrios, la CMT tendrá que ejercer su potestad de modificación de las condiciones pactadas, cuando las partes ya hayan formalizado el acuerdo, siempre que su contenido pudiera amparar prácticas contrarias a la competencia o resulte preciso para garantizar la interoperabilidad de los servicios (art. 22.2 LGT), o imponer condiciones específicas, si es la propia CMT quien determina las condiciones de interconexión (art. 22.3 LGT).

Según lo expuesto, la introducción de modificaciones en la OIR se fundamentará en tres razones. Todas ellas basadas en la tutela del interés público. Tales razones son:

i) *La adaptación de las condiciones de la Oferta a la normativa vigente*, cuando vulneren u omitan lo dispuesto en ésta²⁷⁷.

²⁷⁶ V. Informe propuesta CMT de 27-10-1998, apdo. VI.A, pg. 10.

²⁷⁷ V.gr. la propuesta de OIR formulada por *Telefónica* excluía de su ámbito de aplicación a los operadores de redes públicas telefónicas móviles, de servicios de telefonía móvil automática y de comunicaciones móviles personales disponibles al público, lo cual ignoraba el artículo 4 de la Directiva de Interconexión, así como los artículos 2 y 9.1 RIN que obligan al operador dominante a facilitar la interconexión a todos los operadores de redes públicas de telecomunicaciones, sin discriminación entre redes fijas o móviles. Por ello, la Comisión exige la adecuación de la OIR a la normativa vigente, mediante la extensión de la OIR a los operadores de redes y servicios móviles accesibles al público (cfr. apdo. VI.B.12ª del informe propuesta de la CMT, de 27-10-1998).

ii) *La defensa de la competencia.* Las modificaciones afectarán a aquellas condiciones que, dadas las circunstancias del mercado, impliquen abusos de posición de dominio, entrañen restricciones a la competencia entre los operadores concurrentes y dificulten o impidan el acceso al mercado de nuevos operadores²⁷⁸.

iii) *La prohibición de tratamientos discriminatorios.* La CMT eliminará de la propuesta aquellas condiciones que puedan dar origen a tratamientos contrarios al principio de no discriminación (*ex* art. 22.4 LGT y 9.1 RIN). El artículo 28.1 LGT permite la inclusión en la oferta de diferentes precios, términos y condiciones de interconexión para las diversas categorías de operadores, cuando ello pueda estar objetivamente justificado sobre la base del tipo de interconexión facilitada o por las condiciones derivadas de la correspondiente licencia. El mismo precepto limita esta posibilidad al disponer que “en todo caso, dichas diferencias no podrán provocar distorsiones en la competencia, ni atentar contra el principio de no discriminación”. Aunque al regular la potestad de la CMT de modificar la OIR, no se hace mención expresa al control de estas circunstancias, se ha de entender que en el ejercicio de su facultad de modificación, la Comisión controlará el efectivo cumplimiento de estos principios²⁷⁹. Así resulta del artículo 7.3 de la Directiva de Interconexión, que sí encomienda expresamente a las Autoridades Nacionales de Reglamentación la función de garantizar que las diferencias previstas no provocan distorsiones de la competencia.

iv) *La necesidad de asegurar la interoperabilidad de los servicios en beneficio de los usuarios*²⁸⁰.

²⁷⁸ En particular, la implantación y desarrollo de la competencia efectiva en el mercado ha justificado las modificaciones introducidas por la CMT a los precios propuestos por *Telefónica* (cfr. apdo. VI.D.1 del citado informe propuesta de la CMT).

²⁷⁹ Cfr. CASTEJÓN MARTÍN, L. (Editor). *Competencia y Regulación en los Mercados de las Telecomunicaciones, el Audiovisual e Internet*. Grupo de Regulación de las Telecomunicaciones (GRETEL) del Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicación. Madrid, 1998, pág. 154.

²⁸⁰ La garantía de la interoperabilidad de los servicios en beneficio de los usuarios ha justificado la introducción de modificaciones en la OIR presentada por *Telefónica* en lo referido a

La extensión material de la facultad de modificación de la OIR comprende no sólo la modificación de cláusulas, sino también su supresión y la posible introducción de otras nuevas. Se deriva así del tenor literal de los artículos 28.2 LGT y 11.1 RIN, que se refieren a la “modificación *de la oferta*” y no de sus condiciones²⁸¹. La CMT podrá eliminar condiciones, modificarlas o introducir otras nuevas en la propuesta formulada por el operador, siempre que ello esté justificado en los motivos de interés público expuestos²⁸².

D.2. Posibilidad de la CMT de modificar la OIR vigente.

De los preceptos que regulan la competencia de la CMT para exigir la modificación de la OIR (arts. 28.1 LGT y 11.1 RIN), resulta claro que ésta se ejercerá con carácter previo a su aprobación, cuando el operador dominante presente una propuesta de oferta. Mayores dudas ofrecen tales preceptos sobre la posibilidad de que la Comisión ejerza esta competencia de oficio y en cualquier momento, tras la publicación de la OIR.

El artículo 11.1 RIN se refiere a la facultad de modificación de la CMT inmediatamente después de obligar al operador dominante a presentar la propuesta

los servicios para los que se ofrece la interconexión. Así por ejemplo, la CMT exigió la incorporación a dicha Oferta de la posibilidad de acceder desde la red de *Telefónica* a los servicios de inteligencia de red del operador interconectado y a la inversa (vid. apdo. VI. B.14ª, 15ª y 16ª del informe propuesta de la CMT, de 27-10-1998).

²⁸¹ La referencia a la modificación de las condiciones de la oferta induciría a pensar que la CMT sólo puede exigir modificaciones o correcciones sobre las condiciones propuestas por el operador, pero no excluirlas o introducir otras nuevas. Sin embargo, la referencia general a la modificación “de la oferta” (esto es, de la propuesta en su conjunto), permite afirmar estas facultades de la CMT.

²⁸² Ilustran sobre el alcance de esta facultad algunas de las modificaciones introducidas por la CMT en la propuesta de OIR formulada por *Telefónica*: la ampliación de los Servicios de Inteligencia de Red ofrecidos por *Telefónica* accesibles desde la red del operador interconectado. La propuesta contemplaba únicamente el servicio de cobro revertido automático (línea 900) y la CMT exige su ampliación a todos los servicios de Inteligencia de Red prestados por *Telefónica* (apdo. VI.B.15ª Informe CMT de 27-10-1998); la introducción del servicio de tránsito unicentral, inicialmente no incluido por *Telefónica*, y la subsiguiente fijación del precio por este servicio. La disponibilidad de este servicio permite el intercambio de tráfico entre dos operadores interconectados a la misma central de *Telefónica* y facilita la entrada en el mercado de los nuevos competidores, que no tendrán necesariamente que establecer un punto de interconexión adicional entre sus redes desde el primer momento (apdo. VI.C.20ª Informe CMT de 27-10-1998)

de OIR. De esta ubicación sistemática cabría deducir que la potestad de modificación de la CMT sólo puede realizarse en la fase de propuesta, como presupuesto previo a su aprobación. Sin embargo, el artículo 28.2 LGT no especifica el momento en el que la CMT puede exigir la modificación de la oferta y, en términos análogos, el artículo 7.3 de la Directiva de Interconexión establece escuetamente que “las autoridades nacionales de reglamentación tendrán la facultad de imponer modificaciones en la oferta de interconexión de referencia, cuando esté justificado”.

El silencio sobre el momento de ejercicio de esta competencia y la apelación a “las necesidades del mercado” como criterios determinantes del contenido de la oferta (art. 28.1 LGT) permiten afirmar que la CMT puede exigir la modificación de la OIR de oficio o a instancia de cualquier interesado (arts. 68 y 70 LRJPC) y en cualquier momento. Basta una alteración de las condiciones del mercado, para desencadenar la referida competencia de la CMT, si en relación a la oferta vigente, tal alteración puede distorsionar la competencia.

No obstante, esta conclusión ha de matizarse. Que, una vez aprobada, la CMT pueda exigir en cualquier momento la modificación de la Oferta, constituye una intromisión excesiva en la autonomía de la voluntad del proponente e implica ignorar el carácter privado de la Oferta y su calificación como acto de la voluntad (heterointegrada) del operador dominante. A su iniciativa corresponde la propuesta y también a su iniciativa ha de corresponder la modificación de la misma.

El artículo 12 RIN, relativo a la modificación y supresión de la oferta, impone a los operadores obligados a publicar su oferta el deber de mantenerla actualizada al menos con una periodicidad mínima anual, quedando sometida cualquier modificación a las exigencias establecidas para su aprobación (art. 11 RIN). Son los operadores los que, por iniciativa propia o por el efecto de normas adoptadas por el Ministerio de Fomento en el ámbito de sus competencia y, en particular, para adaptar la oferta a las exigencias de la normativa vigente y a los avances tecnológicos, presentarán a la CMT sus propuestas de modificación de la

oferta. Al igual que para la aprobación y con los mismos límites, la CMT podrá modificar las propuestas presentadas y podrá establecer la fecha de entrada en vigor de la modificación, salvo que ésta tenga su origen en las normas del Ministerio de Ciencia y Tecnología. En tal caso, será de aplicación desde el momento en que las citadas normas así lo determinen²⁸³.

La CMT podrá instar al operador a la modificación de la Oferta o su adaptación a las exigencias de la normativa vigente, pero la redacción de la propuesta corresponde a la iniciativa del operador obligado y la resolución de la CMT no suplirá su voluntad²⁸⁴. Los operadores dominantes que no cumplen sus obligaciones de publicación y actualización de la Oferta incurren en una infracción muy grave por incumplimiento de obligaciones en materia de interconexión (art. 79.10 LGT).

D.3. Efectos de la modificación de la OIR sobre los AGI vigentes.

Es doctrina reiterada de la CMT la aplicabilidad automática de la modificación de las condiciones económicas de la OIR sobre los AGI vigentes. Conforme a dicha doctrina, la modificación de los precios contenidos en la OIR legitima a cualquier operador para solicitar la modificación de su AGI con el operador dominante, estando éste obligado a aplicar la modificación de precios desde el momento de recepción de la solicitud, sin necesidad de ulterior negociación²⁸⁵. La aplicación automática de los precios OIR se consagró de forma

²⁸³ Para las modificaciones introducidas a instancia del operador, el artículo 12.2.a) RIN establece un plazo general de seis meses desde la publicación de la modificación, aplicable con carácter subsidiario en defecto de pronunciamiento de la Comisión.

²⁸⁴ Al referirme a las razones de interés público que justifican la introducción de modificaciones en la OIR, he mencionado la adaptación de ésta a la normativa vigente. Esto podría justificar una intervención de oficio y en cualquier momento de la CMT exigiendo la modificación de la oferta, cuando la OIR no se ajuste a la normativa, en particular, cuando ésta se haya modificado. Sin embargo, dada la prioridad de la autonomía de la voluntad, parece más correcto afirmar que en tal caso, la CMT podrá exigir al operador la redacción de una propuesta de modificación de la oferta (art 1.Dos.2.f Ley 12/1997), ajustándola a la nueva normativa, pero no justifica su intervención de oficio directamente sobre la Oferta.

²⁸⁵ Cfr. Resoluciones de la CMT de 23-11-2000, de 14-6-2001, de 19-7-2001 y 13-9-2001 correspondientes, respectivamente, a reclamaciones de *Capcom*, *Colt*, *Lince* y *Aló*.

definitiva en la Resolución de la CMT de 9 de agosto de 2001, de modificación de la OIR de *Telefónica* para ese año y ha sido plenamente acogida en la Resolución de 10 de julio de 2003 en la que se establece que “las modificaciones económicas de la Oferta de Interconexión de Referencia aprobadas mediante esta Resolución, que afecten a todas o parte de las condiciones económicas pactadas en Acuerdos Generales de Interconexión o Adenda vigentes entre ‘*Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal*’ y otros operadores, modificarán los indicados Acuerdos Generales o Adenda previa solicitud escrita a ‘Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal’. La modificación entrará en vigor desde la fecha de la notificación de la solicitud, afectará únicamente a la condición o condiciones económicas referidas en el escrito de solicitud realizado y conllevará la aplicación de las condiciones generales del Contrato-tipo de la OIR vigentes en el momento de la solicitud realizada. En el plazo de cinco días laborables a contar desde la notificación a ‘Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal’, esta entidad y el operador solicitante formalizarán por escrito el texto que corresponda con el objeto de la aceptación” (Resuelve, apdo. 5º).

Sin embargo, el procedimiento de aplicación de las modificaciones de la OIR sobre los AGI vigentes ha sido distinto en relación a otros contenidos de la OIR, en particular los servicios. Se ha considerado que la concreción de este elemento requiere la negociación de ambas partes, si bien para facilitar el acuerdo, la propia OIR ha exigido que en los casos de negociación de nuevos servicios no contratados con anterioridad por el operador interesado aunque sí incluidos en la OIR o que estuvieran prestándose a otros operadores, la negociación se realizara desvinculando las condiciones económicas y las técnicas de forma que alcanzado un acuerdo sobre las cuestiones técnicas, la implementación del servicio debía llevarse a cabo mediante la aplicación de los precios previstos en la OIR o en los acuerdos alcanzados por *Telefónica* con otros operadores, bien para el propio servicio o para el servicio con el que tuviera una mayor semejanza técnica.

Hasta la Resolución de 10 de julio de 2003 de modificación de la OIR de *Telefónica* para el 2003 no se ha aceptado la aplicación automática de otros contenidos de la OIR, en particular de los servicios prestados. En dicha

Resolución, la CMT sostiene que la aceptación (completa) de la Oferta sirve tanto para constituir una relación contractual *ex novo*, como para modificar o novar el Acuerdo ya existente (sea para la inclusión de nuevos servicios, o la modificación de precios o de condiciones de prestación de un determinado servicio)²⁸⁶. La aceptación de cualquiera de los términos de la OIR por el operador interesado supone “la aceptación del Contrato-tipo contenido en la misma y *en su caso, la adaptación del Cuerpo General del AGI en vigor* entre ‘Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal’ y el operador interesado en los términos del citado Contrato-tipo” (Apdo 3º del Resuelve).

E) Valor vinculante de la OIR: autonomía privada y principio de no discriminación.

En este epígrafe se pretende analizar las posibilidades de los operadores de modificar o apartarse del contenido de la OIR, mediante la negociación de acuerdos particulares de interconexión. Se incide sobre algo que ya se ha adelantado, que es la posibilidad de los operadores de apartarse, por mutuo acuerdo, del contenido de la OIR cuando pretendan constituir una determinada relación jurídica de interconexión. La innovación del estudio que ahora se acomete radica en analizar las implicaciones de esta posible modificación de las condiciones de la OIR con la prohibición de discriminación impuesta a los operadores dominantes.

E.1. Valor vinculante de la OIR y posibilidad de modificación por mutuo acuerdo de los operadores.

Un pronunciamiento sobre el valor vinculante de la OIR, exige la ponderación de dos principios vigentes en el ámbito de los acuerdos de interconexión: el de autonomía de la voluntad contractual o libertad negociadora de las partes (art. 22.2 LGT) y el principio de no discriminación (art. 22.4 LGT). La publicación de la OIR es un instrumento de aplicación de los principios de

²⁸⁶ Res. CMT de 10-7-2003, FD II, apdo. 19.4, pág. 406.

transparencia y no discriminación²⁸⁷, pero no puede implicar la derogación de la libertad de negociación de acuerdos de interconexión reconocida en la LGT y en el RIN (arts. 22.2 LGT y 2.4 RIN) y exigida por la normativa comunitaria.

No hay dudas acerca de la posibilidad de negociar condiciones de interconexión para servicios no previstos en la OIR. El RIN se refiere expresamente a esta posibilidad cuando prevé entre las obligaciones del operador dominante la de “no impedir acuerdos de interconexión que recojan *condiciones sobre servicios no contemplados en la oferta de interconexión de referencia*” (art. 9.5). Por su parte, en la OIR de *Telefónica* se afirma: “Adicionalmente a los servicios de interconexión ofrecidos en el marco de la Oferta de Interconexión de Referencia, *Telefónica puede ofrecer otros servicios de interconexión mediante una Oferta Comercial*” (apdo. 2.1 OIR); en relación a la estructura de precios prevista en la OIR, la CMT admite que “... no impide que, sobre la base de acuerdos comerciales, *Telefónica* y el operador puedan acordar otras estructuras de precios *basados en usos de red diferentes de las que se expongan en la OIR*”²⁸⁸.

Mayores problemas se plantean al determinar si las condiciones previstas en la Oferta, pueden ser modificadas por acuerdo de las partes. Exigir imperativamente que todo operador solicitante de interconexión acepte las condiciones de la oferta, implica vaciar de contenido el principio de libre negociación de los acuerdos de interconexión con el operador dominante. Por este motivo, *la OIR ha de ser un instrumento para facilitar la negociación, garantizar unas condiciones mínimas de interconexión y evitar abusos de posición de dominio. Pero no puede excluir la facultad de las partes de negociar libremente el contenido de los acuerdos de interconexión, en el marco de los principios de objetividad, transparencia y no discriminación.*

Ésta es la posición adoptada en otros ordenamientos. Así, la doctrina

²⁸⁷ Cfr. PIEPENBROCK, § 6 NZV, en BECK'SCHER, *TKG Kommentar*, núm. 17.

²⁸⁸ Informe propuesta CMT de 27-10-1998, apdo. VI.D.1.

alemana entiende que la OIR garantiza el principio de no discriminación por contener las condiciones mínimas de interconexión, pero no excluye la posible negociación particular entre los operadores, prevaleciendo los acuerdos individuales sobre las condiciones de la oferta y evitando los riesgos de vulneración del principio de no discriminación mediante la comunicación, publicación y control por la Agencia Reguladora de los acuerdos. En particular, aquellos cuyo contenido se aparta de las previsiones de la Oferta²⁸⁹. En EE.UU, la sección 252 (5) de la *Telecommunications Act* de 1996 (“Duty to negotiate not affected”) se refiere expresamente a la subsistencia de la obligación de negociar, sin perjuicio de la aprobación por la Comisión estatal de las correspondientes condiciones estándar de interconexión²⁹⁰.

Según la CMT, la OIR en su conjunto, incluido el contrato tipo²⁹¹, constituye una garantía de mínimos, que no excluye la negociación de acuerdos de interconexión cuyo contenido se aparte de las previsiones de la Oferta²⁹². La Comisión entiende que la inclusión de un contrato-tipo o unas condiciones generales en la Oferta “*no condiciona de ningún modo la libertad de pacto*”

²⁸⁹ Cfr. PIEPENBROCK, § 6 NZV, en BECK'SCHER, *Kommentar Telekommunikationsgesetz*, núms. 17-23, en particular núm. 23.

²⁹⁰ Literalmente, dispone este apartado 5 de la sección 252: “The submission or approval of a statement under this subsection shall not relieve a Bell operating company of its duty to negotiate the terms and conditions of an agreement under section 251”.

²⁹¹ En ocasiones, del lenguaje de la CMT parece deducirse la existencia de distinciones sustantivas entre la OIR, entendida como conjunto de condiciones técnicas y económicas en las que se concederá la interconexión a la red del operador dominante y el contrato tipo de interconexión que ésta contiene. Así, se afirma que “este contrato tipo constituirá parte integrante de la OIR, teniendo el mismo valor vinculante ante los operadores que acepten la Oferta que el resto de las condiciones de la misma” (apdo. VI.A Informe propuesta CMT de 27-10-1998). Sin embargo, siguiendo a ALFARO, habrá que admitir que no existen ninguna diferencia sustantiva entre el contrato tipo y las condiciones generales de la contratación, siendo aquél, simplemente, “un texto donde se incluyen condiciones generales” (ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*. 1ª Edic. Civitas. Madrid, 1991, pág. 152).

²⁹² En su Resolución de 10 de Julio de 2003 de modificación de la OIR de *Telefónica* para ese año, la CMT afirma que “la OIR recoge las condiciones que Telefónica está obligada a ofertar, que suponen correlativos derechos de los operadores entrantes y que pueden ser exigidos desde el primer momento en el que se pretendan acordar servicios de interconexión con Telefónica” y especifica que con esta afirmación no se pretende atribuir a este cuerpo de derechos y obligaciones el carácter de irrenunciabiles, puesto que, “en todo caso, prima la libre negociación entre las partes, excepto en los casos en los que esta Comisión deba intervenir por resultar el acuerdo alcanzado contrario a la competencia o a la interoperabilidad de los servicios” (FD II, apdo. 19.4, pág. 405).

consagrada en el apartado 2 del artículo 22 de la LGT y apartado 4 del artículo 2 del RIN, *constituyendo el contrato tipo*, al igual que el resto de las condiciones de la OIR *simplemente una garantía de mínimos para el operador que ha de negociar con quien tiene la condición de dominante*”²⁹³.

En relación a la posible negociación de Acuerdos de Interconexión en condiciones distintas a las previstas en la OIR, se puede concluir lo siguiente:

i) La OIR es una garantía de mínimos, que no excluye la negociación ulterior por mutuo acuerdo de los operadores;

ii) El operador solicitante de interconexión puede optar entre aceptar la OIR o solicitar al operador la negociación de condiciones distintas;

iii) Aceptada, libremente, la OIR por el operador solicitante de interconexión, su contenido se integra en el Acuerdo de Interconexión, excluyendo toda negociación sobre el mismo;

iv) La negociación sólo puede ser exigida por el operador no dominante.

v) El operador dominante sólo podrá proponer la negociación de condiciones de interconexión más favorables al operador solicitante que las previstas en la Oferta. La pretensión unilateral de negociar condiciones más gravosas que las previstas en la OIR será interpretada como una negativa del operador dominante a celebrar acuerdos de interconexión²⁹⁴ y nacerá para él la

²⁹³ Informe propuesta CMT, de 27-10-1998, apdo. VI.A. En el mismo Informe y en relación a la inclusión en el ámbito de aplicación de la OIR a los operadores de redes y servicios públicos móviles, la CMT afirma que, “si los móviles tienen derecho a interconexión, deben incluirse en la OIR al margen de que los mínimos de ésta sean mejorables por vía de acuerdo” y que “nada impide que si las condiciones de interconexión requeridas por los propios operadores móviles son distintas de las previstas en la OIR se proceda a negociar un acuerdo de interconexión entre *Telefónica* y dicho operador sobre bases y condiciones distintas a las planteadas en esta OIR,...” (Apdo. VI.B.12ª). En su Resolución de 10 de julio de 2003, la CMT reconoce expresamente

²⁹⁴ Doctrina de la res. CMT de 11-2-1999, *Colt-Telefónica*.

obligación de soportar la reglamentación heterónoma de la CMT.

Por otra parte, el operador dominante puede hacer públicas ofertas de interconexión alternativas a la OIR²⁹⁵. Con la publicación de la OIR se pretende cumplir la obligación legal impuesta a los operadores dominantes. Pero nada impide que en ejercicio de su autonomía privada, el operador dominante presente ofertas comerciales alternativas. Éstas no estarán sometidas a los requisitos de aprobación y modificación por la CMT²⁹⁶. Podrán ser libremente aceptadas por los operadores destinatarios; pero nunca, directa o indirectamente, impuestas por los operadores dominantes. Ello constituiría un fraude a la normativa que obliga a presentar la OIR.

La posibilidad de celebrar acuerdos de interconexión en condiciones distintas a las previstas en la OIR genera riesgos de vulneración del principio de no discriminación, al que están especialmente sometidos los operadores dominantes²⁹⁷. Por ello, la legislación sectorial articula diversos mecanismos para garantizar la coexistencia equilibrada de los principios de libre negociación y no discriminación, sin que uno prevalezca en detrimento del otro. Así, se permite a los operadores negociar libremente acuerdos de interconexión (art. 22.2 LGT), que encuentran su estándar mínimo en la OIR (art. 28 LGT); se les obliga a comunicar a la CMT los acuerdos adoptados y éstos se ponen a disposición de terceros interesados²⁹⁸, salvo aquello que afecte al secreto industrial o comercial

²⁹⁵ La OIR de *Telefónica* prevé esta posibilidad en su apartado 2.1, Servicios de interconexión de tráfico conmutado: “Adicionalmente a los servicios de interconexión ofrecidos en el marco de la Oferta de Interconexión de Referencia, *Telefónica* puede ofrecer otros servicios de interconexión mediante una Oferta Comercial”.

²⁹⁶ Resulta evidente que ello no excluye el control de la CMT sobre los acuerdos finales de interconexión, celebrados en el marco de esas ofertas alternativas (art. 22.2.II LGT).

²⁹⁷ Cfr. res. CMT de 22-9-1999, sobre la puesta a disposición de Lince Telecomunicaciones, S.A de los acuerdos generales de interconexión suscritos entre Telefónica Servicios Móviles, S.A y Retevisión, S.A. el día 12 de abril de 1999 (FD 3º).

²⁹⁸ La CMT, siguiendo la doctrina del TS [cfr., entre otras, SSTS 8-4-1994 (RJA 1994/3016) y de 26-9-1997, (RJA 1997/6934)], entiende por “interesado” cualquier tercero que ostente un interés legítimo en un procedimiento administrativo, del que puede derivarse para él, de forma directa o indirecta, una utilidad jurídica (beneficio o perjuicio cierto). Esta cualidad concurre no sólo en quienes ya son operadores de redes o servicios públicos de telecomunicaciones y por tanto,

(art. 22.6 LGT y 2.8 RIN) y se habilita a la CMT para exigir la modificación de estos acuerdos, cuando su contenido pudiera amparar prácticas contrarias a la competencia o resulte preciso para garantizar la interoperabilidad de los servicios (art. 22.2 LGT), vigilando con especial cautela aquellas condiciones que se apartan del contenido de la Oferta²⁹⁹.

E.2 Significación del principio de no discriminación en relación a los acuerdos de interconexión.

Se acepta unánimemente que el principio de no discriminación limita la autonomía privada³⁰⁰. En relación a la negociación y celebración de acuerdos de interconexión, la presencia de este límite alcanza una significación especial. Naturalmente, la razón de ello es la influencia decisiva de la interconexión en la introducción de la competencia en el mercado de las telecomunicaciones.

La LGT establece con carácter general la sumisión al principio de no discriminación de todos los operadores que prestan servicios de telecomunicaciones (art. 6). En el ámbito de la interconexión esta obligación general se contiene en el artículo 22.4, que se remite al Reglamento para que éste determine las condiciones en las que la CMT puede eximir de esta obligación a determinados operadores (art. 22.7). Sin embargo, el RIN limita el alcance universal de este principio. Según él, sólo es aplicable a los operadores dominantes (art. 9.1) y no contempla las condiciones en las que la CMT puede limitar o reducir el alcance de esta obligación.

titulares del derecho de interconexión, sino también en los futuros operadores que estudian su posible acceso al mercado (res. CMT de 22-10-1998, sobre la puesta a disposición de RSL Communications Spain, S.A. de los acuerdos de interconexión suscritos entre Telefónica, S.A. y otros operadores que se encuentren depositados en la CMT)

²⁹⁹ En esta fase del Acuerdo de Interconexión, el control de la CMT se centrará sobre aquellas condiciones no previstas en la Oferta, pues las contempladas en ella, ya han sido controladas en fase de aprobación de la Oferta. No obstante, nada impide que en relación con un determinado acuerdo de interconexión, la CMT pueda ejercer su facultad de modificación de condiciones sobre las condiciones previstas en la Oferta, si éstas pudieran amparar prácticas contrarias a la competencia o resulte preciso para garantizar la interoperabilidad de los servicios.

³⁰⁰ STC 241/1988, de 13 de enero de 1989, vid. BERCOVITZ, “Principio de igualdad...”, pág. 424.

Cabe entender que la competencia delegada en la CMT por el artículo 22.7 de la LGT ha sido ejercida en el art. 9.1 RIN y que *los operadores no dominantes no están sometidos al principio de no discriminación contemplado en la legislación sectorial*³⁰¹. Por tanto, pueden celebrar acuerdos de interconexión en condiciones distintas, siempre que no incurran en discriminaciones contrarias al orden público constitucional³⁰², esto es, que no incidan en las discriminaciones prohibidas por el artículo 14 CE³⁰³.

Que los operadores no dominantes no estén sometidos a una prohibición de discriminación distinta a la general del artículo 14 CE, significa que pueden conceder un trato desigual cuando éste no sobrepase el límite marcado por el *principio de razonabilidad*, conforme al cual, no se pueden introducir desigualdades que no respondan a causas objetivas y razonablemente justificadas³⁰⁴. Dicho de otro modo, significa que éstos no están obligados a proveer interconexión en idénticas condiciones a todos los operadores solicitantes de la misma³⁰⁵. La libertad contractual, proclamada con carácter general por el

³⁰¹ *Aparentemente* en contra de esta afirmación, la CMT declara aplicables los principios del artículo 22.4 a todos los operadores. Respecto al principio de no discriminación, manifiesta que los operadores no declarados dominantes están obligados a no discriminar entre los terceros a los que prestan el servicio de interconexión (cfr. res. CMT de 20-7-2000, sobre conflicto de interconexión entre *Airtel* y *RSLCOM* por la firma del Acuerdo General de Interconexión, apdo. II.1). Sin embargo, esta posición de la CMT es sólo “aparentemente” contraria a lo afirmado en el texto, porque de sus explicaciones no se concluye que los operadores no dominantes estén sometidos a una prohibición de discriminación distinta a la general del artículo 14 CE.

³⁰² STC 108/1989, de 8 de junio.

³⁰³ Cfr. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., “Principio de igualdad y Derecho privado”, *ADC*, 1990, Tomo XLIII, págs. 369-427, concr. págs. 414, 424 y 425.

³⁰⁴ Cfr. CARRASCO PERERA, A., “El principio de no discriminación por razón de sexo”, *Rev. Jdca. de Castilla-La Mancha*, 11 y 12, págs. 9-38, concr. págs. 24-27.

³⁰⁵ Ciertamente, carecería de sentido exigir a un operador no dominante condiciones equivalentes de interconexión para cualesquiera terceros. Ello no promueve la competencia y excede de las exigencias propias de la liberalización del sector de las telecomunicaciones. Cfr. resoluciones CMT de 27-1-2000, relativa a la modificación del Acuerdo General de Interconexión suscrito en fecha 12 de abril de 1999 entre *Telefónica de España, S.A.U* y *Jazz Telecom, S.A* y la de 6-4-2000, por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto por *Telefónica de España, S.A.U.* contra la anterior resolución. En la resolución recurrida, la CMT exige la modificación de una cláusula del AGI en la que las partes se obligaban a modificar el Acuerdo, siempre que *Jazztel* concediera la interconexión en condiciones más favorables a terceros operadores. Literalmente, la cláusula establecía que “el presente Acuerdo se revisará, a petición escrita de *Telefónica de*

artículo 1255 CC y por el artículo 22.2 LGT, en el ámbito de la interconexión, permite un tratamiento diferenciado, siempre que éste se funde en causas razonables³⁰⁶. Entre estas causas que justifican la diferencia se incluye la de pertenecer a un mismo grupo de empresas.

Respecto a los *operadores dominantes*, la situación es distinta. La legislación sectorial somete expresamente su comportamiento al principio de no discriminación (art. 9.1 RIN). *Su obligación de no discriminar alcanza una extensión superior a la del resto de los operadores.*

A diferencia de los otros principios de interconexión (objetividad, transparencia y proporcionalidad), el principio de no discriminación aplicado al operador dominante es objeto de interpretación auténtica. Según el artículo 9.1 RIN, este principio supone que “las condiciones técnicas y económicas en las que los operadores dominantes proporcionen los servicios de interconexión a sus propios servicios o a los de sus filiales o asociadas, en particular las relativas a la calidad de los servicios, los plazos de entrega y las condiciones de suministro, deberán ser ofrecidas a los restantes operadores. Además, las condiciones para sus servicios o de los acuerdos de interconexión que celebren con sus empresas filiales o asociadas, deberán recoger todas y cada una de las condiciones técnicas y económicas que se apliquen”. El tenor literal del precepto permite cuestionar si la prohibición de trato diferenciado ubica el término de referencia sólo en las

España dirigida a Jazztel, siempre que Jazztel ofrezca en cualquier acuerdo de interconexión que pueda alcanzar con terceros operadores, mejores condiciones de precios de interconexión que las establecidas en este Acuerdo. En tal supuesto, Jazztel se obliga a ofrecer a Telefónica de España condiciones, al menos, idénticas a las mejores que haya acordado, para cada servicio concreto, con el tercer operador beneficiado. La revisión que tenga lugar, en su caso, por aplicación de esta cláusula, será efectiva desde el momento mismo en que lo sea para el tercer operador beneficiado”.

³⁰⁶ La autonomía de la voluntad es un factor que justifica en las relaciones interprivados un tratamiento objetivamente desigual a supuestos objetivamente iguales. En relación al Derecho del Trabajo, el TC ha afirmado que el principio de igualdad, que también rige en las relaciones entre particulares encuentra “una matización importante” (STC 59/1982, de 28 de julio) derivada del principio de autonomía de la voluntad que, “si bien aparece *fuertemente limitado* en el Derecho del Trabajo, *por virtud entre otros factores, precisamente del principio de igualdad, no desaparece, dejando un margen en que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario en ejercicio de sus poderes de organización de la Empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador respetando los mínimos legales o convencionales*” (STC 34/1984, de 9 de marzo); vid BERCOVITZ, “Principio de igualdad...”, pág. 414; CARRASCO PERERA, “El principio de no discriminación...”, pág. 25.

empresas filiales o asociadas al operador dominante o si, por el contrario, el término de referencia viene dado por el tratamiento dado a cualesquiera otro operador.

Para garantizar la aplicación del principio de no discriminación, los acuerdos de interconexión en los que sea parte un operador dominante se pondrán a disposición de terceros, excepto en lo que puedan afectar al secreto comercial o industrial de los operadores (art. 2.8 RIN). La posibilidad de terceros de acceder a los acuerdos de interconexión, celebrados por los operadores dominantes, es especialmente útil en relación a la conclusión de acuerdos con operadores declarados dominantes en el mercado de la telefonía móvil, pues éstos no están obligados a publicar una OIR (cfr. art. 10 RIN)³⁰⁷. Esta obligación de poner a disposición de terceros los acuerdos de interconexión es instrumental del principio de no discriminación y se impone a la CMT respecto a todos los acuerdos en los que sea parte un operador dominante³⁰⁸. No se distingue si tales acuerdos han sido celebrados con operadores vinculados al operador dominante o con cualquier otro operador. De ello parece deducirse que la obligación de igual trato es predicable respecto a cualquier operador y no sólo en relación a las empresas vinculadas al operador dominante.

Tal conclusión equivale a ignorar la autonomía de la voluntad del operador dominante. Llevada al extremo, supone que la autonomía privada del operador dominante se agota con la celebración del primer acuerdo de interconexión: celebrado un acuerdo con determinado operador -sea o no filial- y cuyo contenido coincida, mejore o se aparte de la OIR, todos los demás acuerdos de interconexión han de reproducir miméticamente el primero, de modo que cualquier modificación puede ser considerada como un trato discriminatorio. En estas condiciones, todo

³⁰⁷ Vid. res. CMT de 22-7-1999, sobre la puesta a disposición de *Lince Telecomunicaciones, S.A.* de los acuerdos generales de interconexión suscritos entre *Telefónica Servicios Móviles, S.A* y *Retevisión, S.A.* el día 12 de abril de 1999.

³⁰⁸ Vid. res. CMT de 22-10-1998, sobre la puesta a disposición de *RSL Communications Spain, S.A.* de los acuerdos de interconexión suscritos entre *Telefónica, S.A* y otros operadores que se encuentren depositados en la CMT (FD 1º).

operador podría exigir al operador dominante la obtención de interconexión en las mismas condiciones concedidas a terceros e interpretar la negativa del operador como un comportamiento discriminatorio. A todas luces, esta conclusión excede de la *ratio* de la norma. Lo que ésta pretende es evitar que el comportamiento del operador dominante consistente en conceder un tratamiento diferenciado a los operadores solicitantes de interconexión distorsione o impida la competencia en el mercado. No existe ningún precepto, ni general, ni sectorial, que prohíba al operador dominante actuar autónomamente, siempre que su actuar autónomo no vulnere los límites impuestos por la ley (normas de competencia y normas sectoriales), la moral y el orden público (art. 1255 CC). También respecto a los operadores dominantes, la autonomía privada ha de actuar como un límite al principio de no discriminación, si bien su fuerza limitativa será de menor intensidad que para el resto de los operadores³⁰⁹.

La obligación del operador dominante de no discriminar implica que éste ha de aplicar a la interconexión con terceros operadores, al menos, las mismas condiciones que aplica a sus filiales o asociadas, siempre que éstas coincidan o mejoren las condiciones de la OIR³¹⁰. Por expresa disposición normativa, la pertenencia al mismo grupo empresarial no es una causa razonable justificante de un tratamiento diferenciado (art. 9.1 RIN). En respuesta a la cuestión inicialmente planteada, el término de referencia es el trato interno concedido a sus propios servicios, filiales o asociados³¹¹.

En principio, superado el doble límite del orden público constitucional (art. 14 CE) y del tratamiento concedido a otros operadores pertenecientes al mismo grupo empresarial (art. 9.1 RIN), *no cabe rechazar de pleno cualquier tratamiento diferente concedido a terceros operadores. La autonomía privada de*

³⁰⁹ Cfr. BERCOVITZ, “Principio de igualdad...”, pág. 425.

³¹⁰ Naturalmente, en el hipotético e improbable caso de que una filial del operador dominante renunciara a la interconexión en condiciones OIR y acordara la interconexión en peores condiciones que las contempladas en la OIR, el término de referencia no sería el acuerdo sino la OIR.

³¹¹ Cfr. res. CMT de 20-7-2000, *Airtel-RSLCOM*, apdos. II.1 *in fine* y II.4.

*los operadores limita la prohibición de trato diferenciado y es una causa razonable que justifica la diferencia*³¹².

Sin embargo, el ejercicio por el operador dominante de su autonomía privada encuentra un nuevo límite en las normas de competencia. La Ley de Defensa de la Competencia prohíbe el abuso de posición de dominio consistente en “la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros” [art. 6.2.d)]. El TDC tiene declarado que “el hecho de que una empresa se encuentre en una posición de dominio no significa, por tanto, que exista un derecho de los terceros frente a la dominante a exigir un trato exactamente igual. Lo que se prohíbe es que exista una situación de trato discriminatorio, y se entiende por discriminación una desigualdad injustificada”³¹³. El operador dominante no podrá aplicar condiciones de interconexión desiguales, cuando tal comportamiento ocasione desventajas competitivas a terceros operadores y ello altere la competencia en el mercado. Por el contrario, si la aplicación de condiciones distintas no impide el desarrollo de la competencia en el mercado, tal comportamiento no constituye un ilícito competencial y por tanto, no está prohibido.

Una interpretación teleológica de la norma que impone al operador dominante un trato no discriminatorio conduce a afirmar que en ejercicio de su autonomía privada, éste puede aplicar a terceros operadores condiciones de interconexión más favorables que las previstas en la OIR, siempre que éstos no estén vinculados al dominante por una especial relación empresarial (no sean filiales o asociados) y que tal comportamiento no impida u obstaculice la

³¹² La resolución CMT de 27-1-2000, *Telefónica-Jazztel*, corrobora esta conclusión. En ella, la CMT exige a los operadores la eliminación de uno de los Anexos al AGI celebrado entre ellos, por el que “*Telefónica y Jazztel* se obligan a no ofrecer a otro operador por un servicio equivalente un precio más favorable que el contemplado para ese servicio en este anexo”. Si el operador dominante (*Telefónica*) no pudiera aplicar un trato desigual en ningún caso, no tendría sentido que la CMT exigiera la modificación de esta cláusula respecto a él.

³¹³ Res. TDC de 8-2-1993, expte. 318/92, asunto “Confederación Española de Asociaciones Pesqueras”, *BICE* núm. 2361, FD 2º.

competencia en el mercado. En otras palabras, no todos los acuerdos de interconexión celebrados por el operador dominante han de tener un contenido idéntico. No se reconoce a terceros contratantes una pretensión a exigir al operador dominante la aplicación de la condición más beneficiosa en la que concede la interconexión a terceros operadores (siempre que éstos no sean filiales o asociados) y que el trato más favorable esté justificado en razones objetivas y no arbitrarias (v.gr. descuentos por volumen de tráfico)³¹⁴.

En el mercado de las telecomunicaciones, donde la competencia no está consolidada, cualquier trato desigual practicado por el operador dominante puede generar una desventaja competitiva. Consciente de esto, la CMT utiliza los acuerdos firmados con otros operadores como elementos de integración del contenido de otras relaciones de interconexión. Normalmente, esto ocurre en aquellos supuestos en los que la CMT fija condiciones de interconexión en defecto de acuerdo entre los operadores³¹⁵. Pero es igualmente aplicable a los supuestos en los que la CMT ejerce su potestad de modificación de cláusulas que pudieran amparar prácticas restrictivas de la competencia (art. 22.2 LGT).

Así, aunque desde un plano puramente teórico, el operador dominante puede aplicar un tratamiento desigual en sus relaciones contractuales, se ha de admitir que las posibilidades del operador dominante de negociar condiciones de interconexión son muy reducidas. Están limitadas por la OIR (mínimo innegociable)(arts. 28 LGT, 9.2, 11 y 12 RIN); por la obligación de orientar sus

³¹⁴ El Derecho de la competencia prohíbe un trato discriminatorio, entendiendo discriminación como desigualdad injustificada. Se prohíbe la arbitrariedad en el trato llevada a cabo desde una posición de dominio, pero si se motiva y justifica la diferencia de trato y se acredita que ese trato desigual responde a una desigualdad en las situaciones a las que se aplica, “no parece que exista ningún tipo de daños a la competencia por parte de la empresa en posición de dominio” (Res. TDC de 8-2-1993, “Confederación Española de Asociaciones Pesqueras”).

³¹⁵ Cfr. resoluciones CMT de 29-7-1999 y de 7-10-1999, ambas relativas al conflicto de interconexión entre *Telefónica* y *RSLCom*. En la primera de ellas la Comisión optó por aceptar como condiciones de interconexión sobre aspectos no recogidos en la OIR, aquéllas que *Telefónica* había incorporado en sus acuerdos de interconexión con otros operadores (Anexo 3); en la segunda, que resuelve el recurso potestativo interpuesto por *RSLCom* contra ella, se toma como referencia el acuerdo de interconexión entre *Telefónica* y *BT* y se aplica a la preselección de operador en la relación de interconexión entre *Telefónica* y *RSLCom* las mismas condiciones contempladas en tal acuerdo (apdo. II.4°).

precios a costes (art. 26 LGT); por la prohibición de discriminación con respecto a sus filiales (art. 9.1 RIN) y por la prohibición de abusos de posición de dominio consistente en la aplicación de condiciones distintas, ocasionando una desventaja competitiva [art. 6.2.d) LDC]. Si superados todos estos límites, queda algún espacio para la negociación y aplicación de condiciones distintas, se ha de admitir que en ejercicio de su autonomía privada, el operador dominante también puede aplicar condiciones distintas a prestaciones objetivamente iguales.

F) *Revocabilidad de la OIR*

Al examinar el carácter revocable o irrevocable de la OIR, se ha de tomar en consideración su peculiar naturaleza: la OIR no es una auténtica oferta contractual, sino una “propuesta negocial de mínimos indisponibles”. La eventual aplicación de las reglas sobre oferta contractual irrevocable es puramente analógica y responde a la identidad de razón existente entre la oferta contractual y esta propuesta negocial de mínimos indisponible (sin perjuicio de que la OIR cumpla además otras funciones, al igual que la oferta contractual se dirige a dar nacimiento a un futuro contrato).

El carácter revocable o irrevocable de la OIR es otra de las cuestiones sobre las que la normativa reguladora no proporciona una respuesta diáfana³¹⁶. Del artículo 12 RIN, relativo a la modificación y supresión de la Oferta, se extraen algunos datos: i) que la OIR es modificable, siempre que se sigan los trámites previstos para su aprobación y se cumplan las mismas exigencias de publicidad; ii) que los operadores obligados a publicarla deben mantenerla actualizada *al menos* con una *periodicidad mínima* anual; iii) que, salvo que las modificaciones tengan su origen en normas del MCT, o que la CMT disponga otra cosa, el plazo a partir del cual la modificación se considerará efectiva es el de seis meses desde su

³¹⁶ Tampoco la OIR de *Telefónica* se pronuncia expresamente sobre la cuestión, limitándose a afirmar que “*Telefónica S.A.* publicará revisiones de la Oferta de Interconexión de Referencia con periodicidad anual” (apdo. 1.1). En la OIR de Octubre de 1998 se preveía que la primera de las citadas revisiones se publicaría el 1 de julio de 1999, para su aplicación a partir del 1 de enero de 2000. Ello implicaba que al menos del 1 de diciembre de 1998, fecha de su entrada en vigor, hasta el 1 de julio de 1999, cualquier revisión de la Oferta sería ineficaz.

publicación; iv) que las modificaciones que tengan su origen en normas adoptadas por el MCT en el ámbito de sus competencias y, en particular, para adaptar la oferta a las exigencia de la normativa vigente y a los avances tecnológicos deberán incorporarse al texto de la Oferta y serán de aplicación desde el momento en que las citadas normas así lo determinen; v) que la OIR será suprimida en las condiciones que determine la CMT, cuando su autor deje de ostentar la condición de operador dominante, según la lista publicada anualmente. La interpretación que haya de darse a tales datos normativos no está exenta de dudas.

En puridad, sólo la supresión de la Oferta constituye un auténtico supuesto de revocación³¹⁷. El artículo 12.2 RIN no resulta esclarecedor sobre las posibilidades de supresión, ya que como se ha indicado, sólo contiene una remisión a la CMT para que determine las condiciones de supresión de la OIR de los operadores obligados cuando éstos dejen de ostentar la condición de dominantes. Esta supresión no constituye un supuesto de revocación de la Oferta, sino su extinción debida a la desaparición del supuesto de hecho que motiva su elaboración y publicación (la condición de dominante del operador en cuestión). En la redacción dada al artículo 12.2 en el Proyecto de RIN, los operadores podrían suprimir la OIR sin perder su condición de operadores dominantes, previa aprobación de su propuesta por la CMT y anuncio en sus oficinas comerciales de tal pretensión, resolviendo la CMT motivadamente sobre la aprobación o denegación de la propuesta³¹⁸. La desaparición de esta referencia en la redacción final del Reglamento podría entenderse como una exclusión de su revocabilidad y un argumento a favor de su carácter irrevocable.

³¹⁷ La revocación de la oferta se define como “la declaración de voluntad unilateral del oferente, dirigida a la/s persona/s destinataria/s y conocedora/s de la oferta, por medio de la cual le/s comunica su no voluntad contractual y, por ello, su deseo de que la primitiva oferta realizada desaparezca del mundo jurídico” (MENÉNDEZ MATO, *La Oferta Contractual...*, pág. 208).

³¹⁸ Proyecto de RD por el que se aprueba el Reglamento sobre Interconexión y Numeración, 28 de Abril de 1998. Sobre la supresión, el artículo 12.2 proyectado añadía: “Durante el plazo de un año desde la supresión de la oferta, deberán respetarse las condiciones de los acuerdos de interconexión ya existentes que se hubieran basado en ella. Esta regla no será de aplicación si las entidades afectadas deciden otra cosa o la resolución de la Comisión que decide la supresión establece condiciones diferentes. La supresión de la oferta en los términos de este artículo, no dará derecho alguno a indemnización en favor de las entidades afectadas”.

Sin embargo, el silencio del texto reglamentario no ha de interpretarse como una afirmación en el ámbito civil del carácter irrevocable de la Oferta. Un elemento importante para decidir sobre su carácter revocable es la significación que ha de darse al término “revocación”:

- Si *revocar* la OIR se entiende en el sentido de *retirar* la Oferta del mercado³¹⁹, la norma no contempla ni el supuesto de hecho (revocación de la OIR en el sentido de retirada del mercado), ni las consecuencias jurídicas de ello, porque ya existen otras normas de las que se extrae *a contrario* tal supuesto y su correlativa consecuencia jurídica. Son los artículos 28 LGT y 9.2 y 11 RIN, de un lado y los artículos 79.10 y 82.1.A) LGT, de otro. El artículo 28 LGT y concordantes del Reglamento prevén la obligación del operador dominante de elaborar y publicar la OIR, si no cumplen esta obligación (porque no la elaboran y publican o porque revocan la existente), incurren en un incumplimiento de obligaciones en materia de interconexión, calificado como infracción muy grave (art. 79.10 LGT) y sancionado como tal [art.82.1.A) LGT]. Por tanto, el operador que “revoca” su OIR incurre en una infracción administrativa muy grave. Desde esta perspectiva, la OIR es irrevocable.

- Por el contrario, si *revocar* se entiende como *modificar* el contenido de la OIR, en su conjunto o parcialmente (revocación parcial), o *sustituir* la OIR existente por una una nueva OIR, se ha de admitir que la OIR es civilmente revocable. Es una revocación tácita³²⁰. La primitiva OIR desaparece del mundo jurídico. El operador dominante declara su no voluntad de celebrar acuerdos en los términos de la OIR, los celebrará en los términos de otra OIR, pero no en los de la revocada.

³¹⁹ He de advertir que no utilizo aquí el término “retirar la oferta” en su sentido técnico. Según el cual ésta difiere de la revocación por el momento en el que se produce: simultáneamente o antes de que el destinatario tenga conocimiento de la oferta (cfr. MENÉNDEZ MATO, *La Oferta Contractual*, págs. 208 y 209). Por retirar la oferta entiendo aquí la acción o declaración de no seguir celebrando acuerdos de interconexión en los términos mínimos de la OIR.

³²⁰ Cfr. MENÉNDEZ MATO, *La Oferta Contractual*, pág. 207.

Aceptando que la posibilidad de modificar la OIR es sinónimo de revocación, a tenor de los datos derivados del artículo 12.1 RIN, cabe plantearse si la actualización de la OIR con una periodicidad mínima anual equivale a considerarla irrevocable (inmodificable) durante al menos un año desde su publicación; o si el plazo de seis meses desde la publicación previsto para la entrada en vigor de cualquier modificación, que no tenga su origen en normas imperativas, significa que, en relación con terceros, la OIR es irrevocable (inmodificable) durante un plazo mínimo de seis meses desde su publicación. No porque durante este plazo la OIR sea materialmente inmodificable, sino porque cualquier modificación introducida por el proponente sólo será eficaz a los seis meses desde su publicación, salvo que la CMT disponga otra cosa. Esta segunda parece la opción más coherente.

Ni la obligación de mantener actualizada anualmente la OIR, ni la fijación de un plazo de seis meses para la efectividad de las modificaciones equivale a imponer una duración mínima anual, ni tampoco a fijar un período mínimo de seis meses de vigencia de la OIR. Salvo disposición distinta de la CMT o estipulación de las normas del MCT, la OIR tendrá una vigencia mínima de seis meses. Ello no quiere decir que durante este plazo la Oferta sea irrevocable, ni tampoco que transcurrido tal plazo sin que oferente, ni destinatario desarrollen ningún tipo de actividad, la oferta se extinga -como ocurre al resto de las ofertas contractuales para las que se establece un período de vigencia³²¹-. Lo que quiere decir es que toda modificación de la OIR,-revocación parcial de ésta-, será ineficaz hasta que transcurran seis meses desde su publicación, salvo que la CMT o las normas del Ministerio en las que la modificación trae causa establezcan otro plazo. Así, el operador puede modificar la OIR desde el día siguiente a su primera publicación (o incluso el mismo día de su publicación), pero, como instrumento de protección

³²¹ La regla general para las ofertas en las que su autor ha fijado un plazo mínimo de vigencia es que si transcorre el plazo y ni oferente, ni destinatario desarrollan ningún tipo de actividad, la oferta se extinguirá; en el supuesto en que el oferente decida revocarla, podrá hacerlo, desapareciendo el plazo previamente fijado, al margen de que el oferente pueda incurrir en una posible responsabilidad extracontractual, cuando con su actuación -revocación de una oferta con plazo expreso de vigencia- infiera daños de algún tipo al destinatario de la oferta, al violar la confianza legítima suscitada con ella. Cfr. MENÉNDEZ MATO, *La Oferta Contractual*, pág. 211.

de la confianza de terceros, la modificación es inoponible a estos hasta que transcurra un plazo de seis meses desde su publicación, durante el cual seguirá vigente la propuesta originaria.

Al exigir la actualización anual de la OIR y fijar unos plazos en los que las modificaciones no serán eficaces, el regulador pretende garantizar la seguridad jurídica y la estabilidad del mercado, permitiendo a los operadores diseñar sus planes de actuación conforme a las condiciones de la OIR, así como asegurar la adecuación de la Oferta a las “necesidades del mercado” (art. 28 LGT). La fijación de tales plazos no obedece a un propósito de configurar la OIR como irrevocable. Este carácter irrevocable de la Oferta no se deriva de la normativa reguladora, en particular, no se compagina bien con el tenor literal del artículo 28 LGT, que sugiere el carácter revocable de la OIR cuando apela a las “necesidades del mercado” y “a las condiciones técnicas y económicas que resulten de aplicación” -ambos, criterios cambiantes por propia naturaleza-, como parámetros determinantes del contenido de la Oferta.

Aun cuando se admitiera que el plazo general de seis meses en el que las modificaciones de la Oferta son ineficaces, constituye un plazo mínimo de vigencia de la OIR en sentido estricto, ello tampoco conduciría a afirmar el carácter irrevocable de la OIR. Según la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, en nuestro ordenamiento no tienen cabida las denominadas “ofertas irrevocables tácitas”³²², pues la regla general es que toda oferta es

³²² La doctrina debate acerca de la existencia de estas ofertas: para algunos autores, cuando se fije un plazo para su aceptación, la oferta resultará tácitamente irrevocable; en cambio, para otros, la condición de irrevocabilidad de la oferta no se debe al establecimiento de un plazo para su aceptación, sino a la presencia de una clara voluntad del oferente de autolimitar su poder de revocación, por lo que estos últimos niegan la posibilidad de considerar a una oferta como irrevocable, por el simple hecho de que su autor establezca un plazo para su vigencia. Lo relevante para determinar la existencia de una oferta contractual irrevocable, es la manifestación de una clara voluntad de renuncia del proponente a su derecho de revocación, y en cuanto renuncia de derecho no puede ser presumida por el Ordenamiento. Sobre esto, *vid.* MENÉNDEZ MATO, *La Oferta Contractual*, págs. pgs. 190-201, en particular, págs. 191 y 192 donde se exponen varios argumentos y se cita abundante jurisprudencia en favor de la inadmisibilidad en nuestro Ordenamiento de estas ofertas irrevocables tácitas. En contra de esta tesis, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7-3-1968 consideró a la propuesta en la que se establecía un plazo de vigencia expreso como irrevocable.

revocable³²³ y sólo por disposición legal o por expresa voluntad de su autor se hace irrevocable³²⁴, de forma que la fijación de un período de duración mínima no implica *per se* su irrevocabilidad. La fijación de un plazo de vigencia de la oferta afecta al ámbito de la responsabilidad precontractual, pero no prejuzga sobre el carácter revocable o irrevocable de la oferta. Para que la oferta sea irrevocable es preciso que conste expresamente la voluntad del oferente de renunciar a su revocación³²⁵.

En conclusión, la regla general del carácter revocable de toda oferta y las facultades del operador de modificar -o más correctamente, de proponer la modificación- de su OIR, permite afirmar el *carácter revocable de la OIR*, siempre que se sigan los trámites previstos para su aprobación y las mismas exigencias de publicidad³²⁶. La revocación no afectará a la negociación de acuerdos iniciada mientras la Oferta estaba aún vigente y será efectiva a partir de los seis meses de su publicación, salvo que la CMT establezca otro plazo. En todo caso, cuando se cumplan los trámites de aprobación por la CMT y se dé a la revocación la misma publicidad que a la Oferta originaria, no dará lugar a derecho de indemnización en favor de las entidades afectadas³²⁷.

³²³ Nuestro sistema sigue la línea marcada por los Derechos continentales de raíz romanista, en los que se afirma la libre revocabilidad de toda oferta, a excepción del específico supuesto de la irrevocable; posición contraria a la germanista, según la cual toda oferta es irrevocable -desde el momento en que es recibida o llega a conocimiento del destinatario, y durante un período determinado o determinable de vigencia-, salvo aquellos excepcionales supuestos en que la ley expresamente admita su revocación (*La Oferta Contractual*, pág. 192).

³²⁴ MENÉNDEZ MATO, *La Oferta Contractual*, pág. 205.

³²⁵ Cfr. MENÉNDEZ MATO, *La Oferta Contractual*, págs. 82 y 83.

³²⁶ Cfr. DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, I, págs. 288 y 289.

³²⁷ El artículo 12.2 del Proyecto de Reglamento de Interconexión hacía referencia expresa a esta ausencia de derechos de indemnización derivado de la supresión de la OIR. A pesar del silencio del texto final, se mantiene vigente esta exclusión en virtud de la regla general, según la cual, la revocación de las Ofertas al público o “ad incertam personam” efectuadas cumpliendo las exigencias de publicidad de su primera publicación no da derecho al resarcimiento de daños, aunque defraude alguna expectativa de terceros (Cfr. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos I*, pág. 289). Si esto es cierto para toda modificación de una oferta contractual, con mayor razón para la OIR, cuya modificación tiene un plazo de *vacatio*, atinente a proteger la certidumbre de los terceros afectados.

Dada la obligación legal del operador dominante de publicar y mantener actualizada su OIR, cuando la revocación implique la completa retirada de la Oferta, ésta habrá de ser inmediatamente sustituida por otra, so pena de incurrir en una infracción administrativa, por incumplimiento de las obligaciones en materia de interconexión (art. 79.10 LGT).

Según lo expuesto, la normativa reguladora de la OIR no la configura como irrevocable y por tanto, siguiendo la regla general propuesta por la doctrina y la jurisprudencia, la OIR es revocable, en tanto no conste la voluntad de su autor de renunciar al derecho de revocación. Nada impide que, por autonomía de su voluntad -recuérdese que la OIR es un acto privado-, el operador renuncie a su derecho a revocar la Oferta y la califique como irrevocable, siempre que ello no ocasione un incumplimiento de la normativa reguladora de la OIR.

CAPITULO IV
RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS PRIVADOS
DERIVADOS DE LA INTERCONEXIÓN

1. INTRODUCCIÓN: LA RELACIÓN DE INTERCONEXIÓN COMO RELACIÓN PRIVADA DE TRASCENDENCIA PÚBLICA. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO.

Como sabemos, la relación de interconexión es una relación jurídico-privada de contenido obligacional, constituida bien por la voluntad autónoma de los operadores, expresada en un contrato (integrado con elementos ajenos a la voluntad privada), o bien, de forma forzosa, por la voluntad unilateral de la CMT, ente administrativo al que la Ley encomienda la salvaguarda de la competencia en el mercado de las telecomunicaciones, y en particular, la tutela del interés general en la interconexión de las redes y la interoperabilidad de los servicios. Esta voluntad se expresa en una resolución administrativa. Al margen de cual sea la fuente de constitución de la relación obligatoria, ésta es una *relación jurídico-privada de trascendencia pública*.

La relación de interconexión se somete al Derecho privado y al Derecho público. Del acuerdo o de la resolución de la CMT surgen obligaciones de Derecho privado y de Derecho público. El incumplimiento de las obligaciones nacidas del acuerdo o del acto administrativo (v.gr. negativa a prestar los servicios de interconexión o defectuosa prestación de los mismos) constituye un ilícito civil sancionable (vgr. resolución de la obligación y/o resarcimiento de daños). Simultáneamente, el incumplimiento del tenor de la obligación conforme ha sido definida por el acuerdo o por la resolución administrativa constituye una infracción administrativa sancionable, por incumplimiento de obligaciones de interconexión (art. 79.10 LGT) y en su caso, por incumplimiento de las resoluciones de la CMT (art. 79.15 LGT).

Sin perjuicio de ciertas referencias tangenciales, no examinaré aquí los “conflictos públicos” de interconexión. Es decir, aquéllos que se plantean en las

relaciones verticales entre la Administración de Telecomunicaciones y los operadores. No me ocuparé ni de los procedimientos, ni de las consecuencias jurídico-públicas del incumplimiento de las obligaciones de interconexión (multas, revocación de títulos...), cuya tipificación pretende salvaguardar el interés general en la interconexión. Lo que corresponde examinar en este último capítulo son los distintos procedimientos de solución de los “*conflictos privados*” de interconexión, entendiendo por tales aquellos que *surgen en las relaciones horizontales entre operadores*. Se caracterizan porque uno de los operadores pretende ostentar frente al otro un derecho que le legitima para exigir el cumplimiento de una prestación de dar, hacer o no hacer algo o en su defecto, para pretender el resarcimiento de los daños derivados del incumplimiento; o también, un derecho que le legitima para exigir una declaración judicial de la existencia de una relación jurídica tal que en el futuro pueda fundamentar una condena de dar, hacer o no hacer.

En el ámbito de la interconexión de redes y servicios de telecomunicaciones, los conflictos privados se resuelven no sólo por los órganos de la jurisdicción civil, también por la CMT, órgano administrativo al que el Ordenamiento atribuye esta potestad [cfr. arts. 1.Dos.1; 1.Dos. 2.a) y e) Ley 12/1997 y art. 25 LGT]. En síntesis, los sistemas de resolución de conflictos privados surgidos en el ámbito de la interconexión son diversos: a) un procedimiento público ante la CMT, cuya resolución pone fin al procedimiento administrativo y es recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa [arts. 1.Dos.2.e) Ley 12/1997 y 25 LGT]; b) un *cuestionable* procedimiento arbitral ante la CMT (arts 1.Dos.2.a Ley 12/1997 y 6 a 12 RCMT); c) el proceso ante un órgano jurisdiccional civil, previo ejercicio por el interesado de las acciones civiles correspondientes.

Junto a la CMT y a los órganos de la jurisdicción civil, también los órganos de defensa de la competencia (SDC y TDC) pueden conocer de las infracciones en materia de interconexión, en cuanto éstas afecten a la competencia en el mercado (constituyan abusos de posición de dominio o contengan prácticas restrictivas de la competencia). Estos procedimientos exceden del objeto del presente estudio, no sólo por el Derecho aplicable (Derecho de la Competencia), sino sobre todo, porque

en ellos no se ventilan conflictos privados.

Los citados mecanismos de resolución de conflictos son concurrentes, en cuanto pueden versar sobre unos mismos hechos, pero no siempre intercambiables. Su carácter concurrente se debe a la *doble eficacia* de la fuente constitutiva de la relación obligatoria de interconexión, entendida como *relación privada de trascendencia pública*. Acuerdo de interconexión y resolución de la CMT despliegan efectos públicos y privados. La genérica obligación de interconexión del artículo 22.1 LGT pretende tutelar no sólo el interés privado de los operadores en acceder al mercado de las telecomunicaciones y prestar servicios interoperativos, sino también el interés general en mantener la interoperabilidad de las redes y servicios y en maximizar el grado de competencia en el mercado. Mediante el acuerdo de interconexión o la resolución de la CMT se satisfacen ambos grupos de intereses. Por el acuerdo o por la resolución, los operadores quedan vinculados entre sí y obligados al cumplimiento de prestaciones recíprocas (proveer interconexión y pagar el precio, principalmente). Acuerdo y resolución surten efectos civiles. La consecuencia jurídica de su incumplimiento, -total, defectuoso o extemporáneo-, es la responsabilidad del deudor (art. 1911 CC). El acreedor puede exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación (art. 1124 CC) y en su caso, el resarcimiento de los daños inferidos (art. 1124 y 1101 CC).

Por otro lado, los operadores partes de un acuerdo o destinatarios de una resolución de la CMT también quedan vinculados ante la Administración, en particular, respecto a la CMT. Es éste el órgano encargado de salvaguardar la competencia en el mercado de las telecomunicaciones (art. 1.Dos.1 Ley 12/1997) y adoptar las medidas necesarias para garantizar la interconexión de las redes [art. 1.Dos.2.f) Ley 12/1997, en redacción dada por Ley 52/1999]. Estas funciones habilitan a la CMT para emitir resoluciones en las que se exija la interconexión efectiva y controlar su cumplimiento (arts. 22.3 LGT), así como para controlar el contenido de los acuerdos de interconexión y vigilar su cumplimiento (art. 22.2 LGT). El ordenamiento atribuye a la CMT la función de garantizar un resultado: la interconexión de las redes de telecomunicaciones. Es indiferente que este

resultado se logre mediante la emisión de resoluciones administrativas en las que se fijan deberes de interconexión o mediante el control del cumplimiento de los acuerdos de interconexión celebrados entre los operadores. Lo que interesa ahora destacar es que el incumplimiento de los deberes de interconexión, fijados en el acuerdo o en la resolución, trasciende al interés público.

Por lo que ahora interesa, dos son las *consecuencias jurídicas derivadas de esa trascendencia pública de la relación de interconexión*: a) la *doble relevancia* (civil y administrativa) del *incumplimiento de los deberes que integran la posición pasiva de la relación obligatoria*, constituida por el acuerdo de interconexión o por la resolución de la CMT; b) la *imposición de límites al ejercicio de facultades que el Derecho privado atribuye al acreedor en toda relación obligatoria*. Tales límites afectan a la libre disponibilidad sobre el ejercicio de las facultades que integran su derecho (la CMT puede imponer el cumplimiento del acuerdo, aunque el acreedor de interconexión no ejerza su derecho a exigir el cumplimiento) y al ejercicio de la facultad resolutoria de la obligación, en caso de incumplimiento grave de la contraparte.

La doble eficacia (pública y privada; civil o administrativa) del acuerdo de interconexión y de la resolución de la CMT, en la que se impone la interconexión conlleva la posibilidad de procedimientos concurrentes sobre los mismos hechos y ante instancias diferentes (civil y administrativa). Nada obsta para que la CMT inicie un procedimiento sancionador por incumplimiento de obligaciones derivadas de un acuerdo o resolución de interconexión y simultáneamente, se siga ante la jurisdicción civil un proceso referente al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones civiles.

Se ha afirmado que los procedimientos ahora examinados son concurrentes y *no siempre intercambiables*. La razón de ello no ha de buscarse en criterios puramente sociológicos o políticos.

En ocasiones, se justifica la intervención de la CMT, en detrimento de las competencias de la jurisdicción civil, en la necesidad de obtener con celeridad una solución a estos conflictos, así como en la especial cualificación técnica del órgano llamado a resolver. Sin embargo, aun siendo ciertos estos datos objetivos, esta convicción esconde una falacia. Ciertamente, el plazo máximo de seis meses para la resolución de conflictos de interconexión, establecido por el artículo 25 LGT, es relativamente breve. Pero la resolución de la CMT es un acto administrativo, que pone fin a la vía administrativa y que sin perjuicio del recurso potestativo ante la propia CMT (art. 107 Ley 30/1992, en redacción dada por Ley 4/1999 por remisión de arts. 1.Uno LLT y 2 RCMT), puede ser recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 1.Ocho LLT y 3 RCMT). En tal caso y sin perjuicio de la ejecutividad del acto (salvo la suspensión de sus efectos), desaparece la ventaja ofrecida por la especial cualificación técnica del órgano que resuelve y la obtención de la solución definitiva puede demorarse varios años.

Las razones de la no intercambiabilidad de las vías civil o administrativa de resolución de conflictos de interconexión radican en las *diferentes atribuciones competenciales del juez civil y de la CMT*. Sin perjuicio de la confluencia de intereses públicos y privados en el mantenimiento de la relación de interconexión, cada uno de los órganos llamados a resolver estos conflictos, -CMT o juez contencioso-administrativo y juez civil-, dispone de atribuciones específicas que le cualifican para tutelar “principalmente” unos u otros. La intervención de cada uno de estos órganos presenta importantes diferencias: tutelan distintos intereses (cfr. art. 2.6 RIN *versus* art. 1289 CC); actúan conforme a procedimientos diversos (Ley 30/1992 *versus* LEC) y lo que es más importante, pueden conocer de diversas pretensiones en relación con un mismo conflicto. Así, sólo el juez civil puede resolver la pretensión de resolución de un contrato, las pretensiones indemnizatorias o las reclamaciones de cantidad adeudada; mientras que es la CMT el órgano competente para limitar, caso a caso y de forma temporal, el deber de facilitar interconexión (art. 22.1.II LGT); para fijar condiciones técnicas y económicas de interconexión, en ausencia de acuerdo entre los operadores (art. 22.3 LGT), y para pronunciarse sobre la suspensión temporal de la conexión o la desconexión definitiva de las redes (cfr. art.4.2 RIN).

Los conflictos privados u horizontales pueden surgir tanto en la fase previa a la formalización del acuerdo o emisión de la resolución de la CMT, como en la fase de cumplimiento de la obligación de interconexión, entendiendo por tal, la

relación jurídica constituida por el poder de autodeterminación de dos operadores (acuerdo de interconexión) o por un acto unilateral de la autoridad administrativa competente (resolución de la CMT), que vincula a los operadores en relaciones de derecho-deber.

Respecto a la fase previa a la constitución de la obligación de interconexión por acuerdo o por resolución de la CMT, se han de analizar las atribuciones del juez civil para conocer de las pretensiones de resarcimiento por *culpa in contrahendo*, para exigir el cumplimiento de la obligación de contratar en los supuestos en los que exista o para integrar la voluntad contractual de los operadores cuando ésta sea incompleta (*infra* 3.1). A la CMT corresponde la resolución de conflictos surgidos en la negociación de acuerdos de interconexión en los términos ya analizados¹.

Una vez constituida la relación jurídica de interconexión y como en cualquier otra relación jurídico-privada, en su desarrollo surgen conflictos que enfrentan a los sujetos en ella vinculados. El “conflicto” principal surgirá cuando alguno de los operadores se niega a cumplir *voluntariamente* aquello a lo que está obligado a tenor del acuerdo de interconexión, autónomamente celebrado, o de la resolución de la CMT en la que se impone heterónomamente la existencia y en su caso, las condiciones de interconexión. Esta falta de cumplimiento puede estar justificada en la ineficacia del vínculo obligatorio, en el incumplimiento o falta de colaboración del otro operador obligado, o en otra causa de extinción de la obligación a las que se refiere el artículo 1156 CC (v.gr. transcurso del plazo estipulado); o también puede carecer de toda justificación y responder al mero desinterés o voluntad rebelde al cumplimiento. Las manifestaciones más frecuentes del “conflicto” son, por un lado, la falta absoluta de provisión de interconexión o su provisión de forma defectuosa por uno de los operadores, de suerte tal que queda insatisfecho el interés del otro operador en el cumplimiento de la prestación; por otra parte, la falta de pago de los servicios prestados.

¹ V. *supra* Cap. III, epgr. 3.2.

La referencia a las razones de las que deriva el conflicto de interconexión no es una cuestión irrelevante. Las competencias resolutorias de la CMT o del juez civil y sus respectivas atribuciones se definen en función de la fuente de la obligación (acuerdo de interconexión o resolución de la CMT); de la razón invocada para justificar el incumplimiento y de las correlativas pretensiones de los operadores (v.gr. declaración de nulidad de acto constitutivo; resolución del vínculo obligatorio; imposición de sanción administrativa; indemnización de daños).

En los epígrafes siguientes se examinarán las distintas modalidades de resolución de conflictos de interconexión en las diversas fases indicadas. En primer lugar, se analiza la intervención de la CMT, en su doble vertiente pública y arbitral y en la fase de cumplimiento del acuerdo o de su propia resolución. Respecto a su intervención en la resolución de conflictos de negociación de acuerdos de interconexión, me remito a lo ya expuesto (*supra* Cap.III, epgr. 3.2). Posteriormente, se exponen las competencias del juez civil en relación a los acuerdos y resoluciones administrativas de interconexión (*infra* 3). Tras la justificación de la necesidad de la intervención de la jurisdicción civil en la resolución de los conflictos referentes a la relación jurídica de interconexión de redes (*infra* 3.1), se describe su intervención en la fase previa a la celebración del acuerdo de interconexión (*infra* 3.2); sus competencias sobre los actos constitutivos de la obligación (v.gr. declaración de nulidad del acuerdo de interconexión o del acto administrativo) (*infra* 3.3) y sobre la interpretación y ejecución de dichos acuerdos o resoluciones administrativas (*infra* 3.4).

2. RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE INTERCONEXIÓN POR LA CMT

Sin perjuicio de la competencia del juez civil para conocer y resolver los conflictos derivados de la negociación de acuerdos de interconexión, así como los derivados de la interpretación y ejecución de los acuerdos de interconexión, la legislación sectorial habilita a la CMT para la resolución de conflictos de

interconexión.

Esta intervención de la CMT en la resolución de conflictos de interconexión presenta dos modalidades: la función pública de resolución de conflictos [arts. 25 LGT, 1.Dos.2, e) LLT, 2.6 RIN y 19 RCMT] y la función privada o arbitral de la CMT [arts. 1.Dos.2, a) LLT y 6 a 18 RCMT]. Seguidamente, analizaré cada una de estas modalidades de intervención.

2.1. Función pública.

A) Delimitación del objeto.

La CMT está habilitada para resolver de forma vinculante distintos tipos de conflictos que surgen en las relaciones entre los operadores de redes y servicios públicos de telecomunicaciones. En particular, el artículo 25 de la LGT en su redacción dada por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social atribuye a la CMT la potestad de conocer y resolver los conflictos en materia de interconexión de redes si los obligados a permitirla no lo hicieran voluntariamente y de los relativos a la ejecución e interpretación de los acuerdos de interconexión y de los producidos por el acceso a las redes públicas de telecomunicaciones. El citado art. 25 se refiere a tres tipos de conflictos:

i) Conflictos en materia de interconexión de redes si los obligados a permitirla no lo hicieran voluntariamente. Son conflictos de negociación de acuerdos de interconexión. Surgen cuando solicitada la interconexión por un operador con derecho a ella, el operador obligado a facilitarla se opone a la firma del acuerdo de interconexión. La oposición puede ser expresa, -supuesto menos frecuente-, o “tácita”, mediante la obstaculización de la negociación (v.gr. posposición de reuniones, subordinación de la negociación a la firma de acuerdos de confidencialidad y obstaculización de éstos, imposición unilateral por el operador dominante de condiciones de interconexión distintas a las fijadas en su

OIR ...etc).

ii) *Conflictos referentes a la interpretación y ejecución de acuerdos de interconexión.* El supuesto del que parte la norma es que dos operadores ya han formalizado un acuerdo de interconexión. El conflicto surge o bien porque existen discrepancias respecto a la interpretación de las declaraciones de voluntad manifestadas en dicho acuerdo, o bien porque alguno de los contratantes incumple la *lex contractus*.

iii) *Conflictos producidos por el acceso a las redes públicas de telecomunicaciones.* Los términos generales en los que se pronuncia la norma respecto a los conflictos en materia de acceso a redes, permite incluir en su tenor literal tanto los generados en la fase de negociación de acuerdos de acceso, como los derivados de la interpretación y ejecución de dichos acuerdos².

Puesto que la intervención de la CMT en la resolución de conflictos de negociación de acuerdos de interconexión ha sido ya examinada³ y que el acceso a redes en sentido estricto no constituye el objeto de este estudio, corresponde analizar aquí la intervención de la CMT en la resolución de conflictos relativos a la interpretación y ejecución de los acuerdos de interconexión.

B) *Naturaleza.*

La normativa sectorial califica esta intervención de la CMT en la resolución de conflictos de interconexión como “función de carácter público” [arts. 1.Dos.2, a) LLT y 6.2 RCMT, *a contrario*]. Sin embargo, el régimen jurídico de esta intervención de la CMT en la resolución de conflictos de interconexión se configura como un *producto híbrido* en el que coexisten elementos de Derecho administrativo y rasgos propios de la resolución de

² Sobre las peculiaridades de la intervención de la CMT en la resolución de conflictos derivados del acceso a redes cfr. CARRASCO PERERA Y MENDOZA LOSANA, “Interconexión...”, págs.535-539.

³ Cfr. Cap. III, epgr. 5.4.

conflictos de Derecho privado. Aunque la presencia de los primeros es mayoritaria (v.gr. aplicación de las normas del procedimiento administrativo de la Ley 30/1992 y resolución por acto administrativo recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa), no deja de ser importante la concurrencia de los segundos (v.gr. respeto a la autonomía de los operadores manifestada en el acuerdo; libre disponibilidad de los operadores para someter la cuestión a la CMT y aplicación de las reglas de interpretación de los contratos del Código Civil).

Cabe incluir esta intervención de la CMT en la denominada “actividad arbitral de la Administración”, entendida en sentido amplio como “aquella que realiza la Administración Pública cuando decide controversias o conflictos entre los administrados sobre derechos privados o administrativos”⁴. Es una manifestación más de la tendencia generalizada de las leyes de intervención económica que atribuyen a la Administración facultades de resolución de conflictos interprivados (v.gr. sector eléctrico, transportes, consumo...). Con todo, se ha de advertir desde ahora que no es un arbitraje en sentido estricto.

Desde la perspectiva que aquí interesa, su naturaleza jurídica viene definida por las siguientes notas: *i*) potestad instrumental atribuida a la CMT; *ii*) limitación de su objeto a relaciones interprivadas de trascendencia pública; *iii*) decisión unilateral y discrecional de uno de los contratantes; *iv*) compatibilidad con la intervención del juez civil. Todo ello en los términos que a continuación se explican.

i) Potestad administrativa de carácter instrumental. La CMT está habilitada para resolver conflictos de Derecho privado⁵. Esto es, controversias en

⁴ PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo, I. Parte general*. 8ª Edic., 1996. Marcial Pons. Madrid, pág. 590.

⁵ En la legislación sectorial se registran varios casos en los que la CMT está habilitada para intervenir en las relaciones entre operadores, en defecto de acuerdo: cfr. art. 47 LGT, sobre uso compartido de infraestructuras; art. 25.4 RIN, respecto a las recíprocas contraprestaciones económicas, que se han de abonar los operadores para hacer efectiva la facilidad de conservación del número por los usuarios; o DT 4ª del Reglamento de Desarrollo de la Ley 11/1998, en lo relativo al uso del dominio público radioeléctrico, aprobado por OMF de 9-3-2000, que permite a la CMT resolver, en defecto de acuerdo entre los afectados, sobre las condiciones y precios de

las que la cuestión a dirimir es el reconocimiento de pretensiones interpartes, fundadas en la existencia de un derecho subjetivo constituido por el acuerdo de interconexión. Por citar algunos ejemplos, la CMT ha resuelto por esta vía sobre la pretensión de supresión temporal de la conexión justificada en el incumplimiento de la contraparte de sus respectivas obligaciones⁶; sobre la pretensión de constitución de una garantía del pago de las cantidades facturadas por prestación de servicios de interconexión⁷; o sobre la extensión de una oferta contractual de modificación de precios de servicios de terminación a todos los servicios objetos del acuerdo de interconexión, cuyo precio estuviera fijado por referencia al de dicho servicio⁸. Así, a través de esta función de resolución de conflictos, el ente administrativo tutela el cumplimiento de una relación jurídica privada (de trascendencia pública).

La razón de la atribución a la CMT de estas potestades “parajudiciales” no debe buscarse en la especial cualificación técnica de este ente administrativo y tampoco en la celeridad de su actuación (ha de resolver en plazo máximo de seis meses desde que se solicita su intervención). La posibilidad de recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 1.ocho LLT) neutraliza las eventuales ventajas de esta intervención administrativa.

La justificación de esta potestad de la CMT de resolución de conflictos contractuales *inter privatos* radica en la atribución a la misma de una función

prestación por Retevisión, S.A. (Red.es, a partir de la Ley 14/2000) del servicio portador soporte de los servicios de difusión televisiva prestados por las entidades públicas o privadas gestoras del servicio público de televisión. Ninguna de estas normas se refiere a la posibilidad de la CMT de resolver conflictos referentes a la interpretación y ejecución de los acuerdos alcanzados entre los operadores. Excede de los límites de este estudio analizar si también en estos casos está justificada la intervención de la CMT.

⁶ Res. CMT de 19-10-2000, expte. AJ 2000/4126, sobre el conflicto de interconexión planteado por Telefónica de España, S.A.U. para resolver el Acuerdo General de Interconexión con American Telecom, S.A. por impago de ésta última, y obtener la autorización para desconectar sus redes.

⁷ Res. CMT de 14-12-2000, expte. ME 2000/2845, que resuelve el conflictos de interconexión suscitado entre Capcom Internacional, S.L y Colt Telecom España, S.A.

⁸ Res. CMT de 27-7-2000, expte. ME 2000/2429, que resuelve el conflicto de interconexión abierto a solicitud de Lince Telecomunicaciones, S.A.

pública, la de salvaguardar la interconexión de las redes y servicios públicos de telecomunicaciones (arts. 1.Uno y 1.Dos.1 LLT), bien jurídico que el ordenamiento sectorial considera digno de protección por ser imprescindible para lograr un sistema de telecomunicaciones interoperativo y un mercado en competencia (cfr art. 3 LGT).

Dicho en otros términos, el fundamento de la habilitación competencial en favor de la Administración para intervenir en ámbitos tradicionalmente reservados al Derecho civil y al juez ordinario radica en la relevancia pública de la interconexión. Sin perjuicio de la tutela indirecta de los intereses de los operadores, la intervención de la CMT pretende, fundamentalmente, garantizar que la interpretación y ejecución de los acuerdos de interconexión satisfacen los intereses públicos.

Esta potestad de resolución de conflictos es una potestad discrecional. El contenido del acto que pone fin al procedimiento se determina en función de las circunstancias concurrentes y de la valoración de las mismas realizada por la Comisión.

En definitiva, el poder atribuido a la CMT para resolver conflictos de interconexión es un instrumento para que ésta ejerza su genérica función de salvaguardar las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones (art. 1.Dos.1 LLT), así como para garantizar la pluralidad de oferta de servicios, el acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores, la interconexión de las redes, el suministro de red en condiciones de red abierta y la política de precios y comercialización de los servicios por los operadores. Y todo ello en beneficio de los usuarios [cfr. arts. 1.Dos.2, e) y 1.Dos.2.f) LLT en relación con su art. 1.Dos.1 LLT]. Los operadores sometidos a esta potestad quedan obligados a soportar sobre su esfera jurídica los efectos derivados de su ejercicio.

ii) Limitación de su objeto a relaciones interprivadas de

trascendencia pública. La CMT no puede ejercer su potestad pública de resolución de conflictos en relación a cualquier contrato entre operadores. Sin perjuicio de su función arbitral, la intervención pública de la CMT queda relegada a contratos de *trascendencia pública*.

Para que un contrato celebrado en el mercado de las redes y servicios de telecomunicaciones tenga trascendencia pública es necesario que concurran de forma cumulativa los siguientes requisitos:

1º) *Al menos uno de los contratantes ha de ser titular de redes públicas de telecomunicaciones u operador de servicios de telecomunicaciones accesibles al público.*

Aunque el art. 25 LGT se refiere escuetamente a los conflictos relativos a la “ejecución e interpretación de los acuerdos de interconexión”, una interpretación sistemática del precepto permite entender que la intervención de la CMT se circunscribe a los conflictos en torno a los acuerdos de interconexión celebrados entre titulares de redes públicas de telecomunicaciones y los operadores del mismo tipo de redes y servicios telefónicos (art. 22.1 LGT) o de cualquier otro tipo de servicio de telecomunicaciones, que tenga derechos de interconexión conforme a su título habilitante (art. 2.1.II RIN). Los eventuales conflictos contractuales entre titulares de redes privadas no están comprendidos en el ámbito de actuación de esta función pública de la CMT⁹;

2º) *El conflicto ha de afectar a un servicio cuya prestación es relevante para garantizar la interoperabilidad de los servicios y la competencia en el mercado.* No son de este tipo los conflictos por la negativa de un operador no dominante a proveer a un tercero el acceso a su red mediante el alquiler de circuitos; ni la interrupción por falta de pago del proveedor de acceso Internet de

⁹ Las autorizaciones generales tipo A habilitan a su titular para establecer y explotar redes privadas para la prestación del servicio telefónico en grupo cerrado de usuarios. Sobre estos operadores recae la prohibición expresa de interconexión de varios grupos, a fin de eludir el régimen de títulos habilitantes para la prestación del servicio telefónico accesible al público (cfr. art. 3.1. Orden Autorizaciones Generales). Por tanto, no se plantearán conflictos de interconexión entre estos operadores. Sin embargo, los titulares de autorizaciones generales de tipo B pueden igualmente establecer y explotar redes privadas, sin que conste la prohibición de interconexión (art. 3.2 Orden de Autorizaciones Generales). Los posibles contratos de interconexión entre estos operadores carecen de relevancia pública y por tanto, se sustraen al conocimiento de la CMT.

servicios como el de *hosting* y alta en directorios de *Infovía Plus*¹⁰.

El legislador considera a la interconexión de las redes y servicios públicos de telecomunicaciones como un bien jurídico cuya tutela es indispensable para obtener la competencia efectiva en el mercado y la interoperabilidad de los servicios (cfr. arts. 22.1 y 22.3 LGT) y encomienda a la CMT la salvaguarda de estos intereses (art. 1.Dos.1 LLT). La potestad para resolver cualquier conflicto referente a la interconexión de redes y servicios de telecomunicaciones forma parte del ejercicio por la CMT de las funciones que motivan su creación y por ello, está habilitada *ex lege* para resolver cualquier conflicto sobre la interpretación y ejecución de acuerdos de interconexión, sin especial indagación sobre la trascendencia pública del conflicto¹¹.

Con todo, la naturaleza pública de esta intervención de la CMT limita las posibilidades de tutelar pretensiones contractuales de los operadores. Dichas limitaciones serán analizadas en el epígrafe siguiente (*infra* C).

iii) Decisión unilateral y discrecional de uno de los contratantes. El planteamiento del conflicto ante esta instancia administrativa pertenece a la libre decisión *de uno de los* operadores. No constituye ni un requisito de procedibilidad previo a la interposición de la demanda civil, ni un mecanismo imperativo y alternativo a la vía civil.

¹⁰ Cfr. Res. CMT de 16 de junio de 1999. En ella, la CMT conoce la denuncia de *Internet Servicios Avanzados de Información, S.L* por la interrupción por *TSAI Telefónica Servicios Avanzados de Información, S.A.* del servicio de *hosting* y alta en directorios de *Infovía Plus*. La CMT se declara incompetente para conocer del fondo de la cuestión, por considerar que el hecho denunciado, -la interrupción del servicio por falta de pago del mismo-, “podría suponer un incumplimiento contractual por alguna de las partes y no se engloba dentro de las funciones de esta Comisión”.

¹¹ El examen de las diversas resoluciones de la CMT en las que ésta ha resuelto conflictos de interconexión corroboran esta conclusión. Tratándose de conflictos de interconexión, la CMT no ha declinado su competencia para conocer de cualquier pretensión de los operadores referente a un acuerdo de interconexión, por pequeña que fuera la cuota de mercado de los operadores involucrados (v.gr. Res. CMT de 14-12-2000, expte. ME 2000/2845, sobre el conflictos de interconexión suscitado entre Capcom Internacional, S.L y Colt Telecom España; de 22-3-2001, expte. RO-2000/4153, sobre el conflicto planteado por Colt Telecom España, S.A. en relación con el acuerdo de interconexión firmado con Sociedad Capcom Internacional, S.L).

Se trata de un procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos, que no puede imponerse con carácter obligatorio a los operadores. En supuestos residuales, el Ordenamiento admite el carácter imperativo de *la actividad arbitral de la Administración* (más propiamente, del procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos, pues el carácter obligatorio es incompatible con la institución arbitral propiamente dicha)¹². La admisibilidad constitucional de un procedimiento extrajudicial e imperativo de resolución de conflictos queda condicionada al respeto a la imparcialidad de los “árbitros”, lo que no ocurre si tal función la asume en exclusiva la Administración (STC de 8-4-1981). Queda fuera de toda duda que la sumisión del conflicto de interconexión al conocimiento de la CMT es facultativa para cualquiera de los operadores que entienda lesionados sus derechos contractuales.

El operador perjudicado por el incumplimiento de su contraparte de sus respectivas obligaciones contractuales es titular de un derecho subjetivo público, que le habilita para invocar la intervención de la CMT y recabar de ella la emisión de un acto administrativo que tutele su posición contractual. Es ésta una especie de pretensión de cumplimiento instada no ante la jurisdicción civil, sino ante la CMT.

Obviamente, la utilización de esta vía de protección de pretensiones contractuales es voluntaria sólo para uno de los operadores. En general, para aquél que sufre el incumplimiento (la falta de ejecución del contrato o la ejecución conforme a una interpretación incorrecta de sus propios términos). El perjudicado puede optar entre solicitar la intervención de la CMT conforme al art. 25 LGT o interponer una demanda ante la jurisdicción civil. Sin embargo, solicitada la intervención administrativa, ésta es vinculante para el otro operador.

Aunque he calificado esta intervención de la CMT como una

¹² Es el caso del “arbitraje obligatorio” al que se refiere el art. 10 RD-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, para resolver conflictos en relación al mantenimiento de los servicios mínimos cuando el ejercicio del derecho de huelga pueda ocasionar perjuicio grave a la economía nacional.

manifestación de la denominada “actividad arbitral de la Administración”, entendida en sentido amplio como aquella que realiza la Administración Pública cuando decide controversias o conflictos entre los administrados sobre derechos privados o administrativos, dicha intervención de la Administración no constituye un arbitraje en sentido estricto [cfr. art. 1.Dos.2, a) LLT]. No es éste un arbitraje institucional del artículo 10.1, a) de la Ley de Arbitraje. Para que la CMT pueda ejercer su función arbitral es preciso que conste la voluntad inequívoca de ambas partes de someter la cuestión a arbitraje y la aceptación del laudo (cfr. arts. 5.1 LA, 7 y 8 RCMT). Por el contrario, no se exige esta sumisión bilateral a la intervención administrativa de la CMT. Ésta no indaga sobre la sumisión de los operadores a su competencia o la aceptación por los mismos del acto administrativo que dirima el conflicto. El procedimiento se inicia siempre que exista una petición fundada de alguno de los operadores o incluso de oficio¹³. Su intervención finaliza con un acto administrativo que se limita a resolver cuestiones de trascendencia pública (v.gr. despliegue de puntos de interconexión, desconexión de redes, servicios de interconexión prestados...etc.). A diferencia del laudo arbitral emitido por la Comisión, este acto administrativo no afecta a cuestiones exclusivamente privadas (v.gr. pago del precio, resolución de contrato o pretensiones indemnizatorias) y como la generalidad de los actos administrativos, es ejecutivo y recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

He de advertir que este carácter voluntario y discrecional de la intervención administrativa se predica exclusivamente de la decisión de uno de los operadores de iniciar el procedimiento. Naturalmente, el carácter voluntario ni se extiende a los efectos de la intervención, que son vinculantes para ambos operadores; ni limita las posibilidades de la CMT de intervenir de oficio.

La única consecuencia de la afirmación del carácter voluntario y discrecional de la intervención de la CMT es que, incumplido el contrato, el

¹³ Vid. *infra* subepígrafe dedicado al procedimiento, en particular lo dicho en relación a la iniciación del mismo.

perjudicado puede optar entre la vía civil y la vía administrativa. Si opta por la interposición de la demanda civil, el juez no puede ni de oficio ni a petición del demandado excepcionar su competencia, por no haber intervenido previamente la CMT.

Como he apuntado, cuanto acaba de afirmarse no significa que la CMT no pueda iniciar de oficio un procedimiento tendente a la resolución de un conflicto relativo a la interpretación y ejecución de acuerdos de interconexión. Ciertamente, en la práctica no será frecuente esta intervención administrativa de oficio sobre la interpretación y ejecución de acuerdos de interconexión¹⁴. Pero desde una perspectiva estrictamente normativa, nada obsta para aceptar el inicio del procedimiento de oficio¹⁵.

Sin perjuicio de la redacción literal del artículo 25 LGT, que sitúa el término *a quo* del plazo de resolución por la CMT en el momento en el que “se pida” su intervención¹⁶, varias razones permiten aceptar el inicio del procedimiento de oficio. En primer lugar, el ejercicio de toda potestad administrativa -también las discrecionales, como es ésta-, es obligatorio cuando lo exija el interés público, para cuya satisfacción se conceden¹⁷. La resolución de conflictos es instrumento de cumplimiento de una función pública y como tal, no puede dejarse a la libre disponibilidad de los particulares destinatarios de la eventual intervención; en segundo lugar, la filiación del precepto con las Directivas comunitarias, en particular con el art. 9.3 Directiva 97/33, que

¹⁴ Sin perjuicio de su facultad para requerir información a los operadores, la CMT carece de potestades de inspección sobre el cumplimiento de los acuerdos de interconexión. Ello dificulta el ejercicio de oficio de esta potestad de resolución de conflictos sobre interpretación y ejecución de acuerdos *inter privados*. En mi opinión, dicha intervención quedará reducida a supuestos residuales ya incluidos en el ámbito de aplicación de otros preceptos (arts. 22.2 y 22.3 LGT).

¹⁵ El artículo 25 LGT también se remite a la solicitud de las partes. Es dudoso que la competencia de la CMT requiera realmente la previa solicitud de alguna de las partes. Más bien parece que esta solicitud es utilizada por la LGT como término *a quo* del plazo de resolución (cfr. mi trabajo realizado en colaboración con el profesor CARRASCO PERERA, “La interconexión...”, págs. 537 y 538).

¹⁶ Cfr. MENDOZA LOSANA Y CARRASCO PERERA, “Interconexión...”, págs. 537 y 538.

¹⁷ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso*, I, pág. 439.

contempla expresamente la *posibilidad* de las ANR de intervenir por propia iniciativa, frente a la *obligación* de hacerlo, cuando un interesado lo solicita; en tercer lugar, aun cuando se entendiera que el artículo 25 LGT confiere a los operadores un poder exclusivo de decisión sobre la intervención de la CMT, ello no impediría su actuación de oficio en virtud de otros títulos de intervención (arts. 22.2 y 22.3 LGT y 2.2 RIN); por último y aunque resulte paradójico, los principios de intervención mínima y autonomía privada también abogan a favor de la intervención administrativa de oficio¹⁸. Si la satisfacción del interés público, cuya tutela se encomienda a la CMT exige su intervención (v.gr. las redes no están interconectadas, a pesar de la existencia de un contrato entre los operadores), resulta más respetuoso con estos principios que la CMT interprete el acuerdo y en su caso, determine las condiciones para su ejecución, que la misma Comisión exija la interconexión efectiva en las condiciones heterónomas impuestas por ella misma (art. 22.3 LGT).

No obstante, la aplicación de los principios de autonomía privada y de intervención mínima tiene manifestaciones diversas en función de que la intervención administrativa se produzca de oficio o a instancia de parte interesada. En este último caso, los citados principios exigen que la CMT limite su intervención a adoptar las medidas estrictamente necesarias para salvaguardar los intereses públicos (art. 22.3 LGT, por analogía). Por el contrario, si la intervención se produce a instancia de parte, la CMT resolverá sobre todas las cuestiones que el interesado haya sometido a su conocimiento, siempre que no constituyan pretensiones estrictamente privadas (v.gr. pretensión indemnizatoria o de declaración de nulidad del contrato)¹⁹.

iv) *Compatibilidad con la intervención del juez civil.* Obviamente, la eventual sumisión de los operadores al procedimiento administrativo ante la CMT

¹⁸ Estos principios están plenamente vigentes en el ordenamiento sectorial [cfr. CARRASCO PERERA Y MENDOZA LOSANA, “Interconexión...”, págs. 468 y 469, así como lo dicho aquí respecto a la naturaleza contractual del acuerdo de interconexión (Cap. III, 2)].

¹⁹ V. *infra* apdo. C).

no impide a los jueces y tribunales civiles resolver los conflictos entre particulares (cfr. art. 63.1 Ley 1/2000). Afirmar lo contrario supondría privar a los contratantes de la tutela judicial plena (art. 24 CE).

La competencia judicial sólo puede quedar excluida o excepcionada cuando las partes, de común acuerdo, se someten para la resolución del litigio a un sistema de efecto equivalente al jurisdiccional. Es decir, un sistema que permita obtener una decisión, susceptible de ejecución forzosa, que ponga fin al conflicto con todas las consecuencias de la cosa juzgada. Únicamente la autonomía privada y la posibilidad de obtener una tutela idéntica a la judicial justifican la limitación del acceso a la jurisdicción (SSTC 43/1988, 233/1988, 15/1989, 56/1990, 62/1991 y 174/1995, entre otras). La intervención de la CMT ni responde a una sumisión bilateral de los operadores (basta la solicitud de uno de ellos o incluso, puede la CMT actuar de oficio), ni tampoco proporciona una tutela completa a sus pretensiones²⁰.

C) Límites.

A pesar del alcance con el que la norma define el objeto del procedimiento, -“conflictos relativos a la interpretación y ejecución de los acuerdos de interconexión”-, *la CMT no puede conocer de cualquier pretensión referente a la interpretación y ejecución de dichos acuerdos.*

El artículo 25 LGT sólo atribuye a la CMT una potestad pública de intervenir en los conflictos relativos a la ejecución e interpretación de los acuerdos de interconexión. Ello no supone una derogación de la competencia del juez civil para conocer de los mismos conflictos (art. 9.2 LOPJ) (cfr. *infra* 3.1). Cuando de lo que se trata es de tutelar el interés privado de los operadores en la interconexión, las facultades de intervención de la CMT se encuentran limitadas. A saber:

²⁰ Vid. en este Capítulo, epgr. 3.1.

i) La CMT no está habilitada para declarar la *nulidad civil* de los acuerdos de interconexión, cualquiera que sea la causa en la que ésta pueda fundarse. Las facultades de control de contenido de la CMT se reducen a exigir la modificación (retirada o cambio) de las condiciones pactadas sólo cuando su contenido pudiera amparar prácticas contrarias a la competencia o resulte preciso para garantizar la interoperabilidad de los servicios (art. 22.2.II)²¹. La CMT tutela principalmente los intereses públicos en la interconexión y sólo colateral o indirectamente, el interés de los operadores.

ii) La CMT no es competente para declarar la *resolución de los acuerdos de interconexión por incumplimiento* de alguno de los contratantes. La CMT garantiza la interconexión efectiva entre las redes, bien emitiendo actos administrativos dirigidos a los operadores, en los que se les exige el cumplimiento de este deber público (art. 22.3 LGT), o bien desautorizando la supresión temporal de la conexión (art. 4.2 RIN) o la desconexión definitiva²². Pero la CMT carece de toda competencia para declarar civilmente resuelto el vínculo contractual.

iii) La CMT no puede pronunciarse sobre las *reclamaciones de cantidad adeudadas* por la prestación de servicios de interconexión²³.

iv) Tampoco pueden dirimirse por este procedimiento las pretensiones referentes a la *responsabilidad civil contractual o extracontractual* por el incumplimiento de acuerdos o deberes legales relativos a la interconexión. Constituye una cuestión civil por excelencia, y ni la Ley de Procedimiento

²¹ A diferencia de lo que se prevé en otros Ordenamientos, por ejemplo en el alemán (§ 33.2 de la Ley de Telecomunicaciones alemana de 1996), la CMT no puede declarar la nulidad total o parcial de contratos de acceso o interconexión, concluidos por el operador dominante sin respetar el principio de no discriminación; tampoco tiene competencia para declarar la nulidad de condiciones generales de la contratación que sí se atribuye a la Autoridad de Regulación alemana (§ 23, 29 y 30 de la Ley alemana de Telecomunicaciones).

²² Sobre la intervención de la CMT en relación a la supresión temporal y a la desconexión definitiva de las redes vid. dentro de este mismo Capítulo, epígrafe E), apdos. c) y d), iv).

²³ Respecto a una posible ejecución forzosa en vía de apremio sobre el patrimonio del deudor (art. 97 Ley 30/1992) en beneficio de su acreedor cfr. en este Capítulo, apdo. F), a), ii).

Administrativo, ni la LGT han atribuido a este órgano administrativo competencias para liquidar los daños contractuales o extracontractuales interprivados²⁴.

Por las mismas razones, carece la CMT de competencia para resolver y liquidar los eventuales daños y perjuicios que para una parte resulten de la negativa del otro operador a negociar y celebrar acuerdos de interconexión, en aquellos casos en los que las normas del Derecho de la competencia impongan una obligación de este tipo.

vi) Aparte de las limitaciones indicadas, a mi juicio, el artículo 25 LGT ha de ser objeto de interpretación restrictiva. Una interpretación teleológica de la norma y de la propia existencia de la CMT, exige que el ejercicio de la potestad pública de resolución de conflictos de interconexión se reduzca a aquéllos supuestos en los que el conflicto a dirimir verse sobre las aquí denominadas obligaciones legales de interconexión²⁵.

Conforme al artículo 25 LGT, la CMT resuelve un conflicto interprivados mediante un acto administrativo, en el que se impone coactivamente el cumplimiento del contrato, bien declarando cuál ha de ser la interpretación del mismo, o bien imponiendo obligaciones de hacer, no hacer o soportar. El incumplimiento de este acto constituye una infracción administrativa muy grave (art. 79.15 LGT). Así, de aceptar que la CMT puede satisfacer cualquier pretensión de cumplimiento de obligaciones contractuales, se habrá de aceptar

²⁴ El artículo 4 del RIN prevé la posible desconexión cuando un operador que tenga conocimiento de que las redes conectadas a las suyas perturban el funcionamiento de éstas o de los servicios, o de que no cumplen los requisitos esenciales y que tales perturbaciones suponen un riesgo para las personas o para la integridad de las redes. Comprobada la corrección de la medida, la CMT podrá anularla, en cuyo caso el operador que ha interrumpido la conexión responderá ante el otro operador por los daños y perjuicios ocasionados. En este caso, el operador "desconectado" tendrá que acudir al juez civil para que declare su derecho al resarcimiento de los daños sufridos y determine la cuantía de la indemnización. Similar previsión y por tanto, similar solución se contiene en el art. 10 del Reglamento de Circuitos Alquilados (RD 1558/1995). Cfr. el artículo 17 del Reglamento de interconexión argentino que sí confiere a la Autoridad de Aplicación la facultad de imponer compensaciones al operador causante de las interrupciones de la interconexión en favor del prestador perjudicado.

²⁵ Vid. Cap. II, 4.2.

también que el incumplimiento de obligaciones contractuales (al margen de que su contenido sea o no relevante para el interés público) constituye una infracción administrativa sancionable. A mi juicio, no es eficiente, ni sostenible a largo plazo un sistema de resolución de conflictos que permite a los particulares tutelar sus pretensiones de Derecho privado, mediante el privilegio de la autotutela administrativa y en su caso, la potestad sancionadora de la Administración²⁶. Esto supone una trasgresión de la *ratio* que justifica la atribución a la CMT de dicho privilegio, así como su potestad sancionadora.

D) *Contenido.*

La función pública de resolución de conflictos referentes a la “interpretación y ejecución de acuerdos de interconexión” comprende la interpretación por la CMT de la voluntad de los operadores manifestada en el acuerdo de interconexión; la definición del *modus* de cumplimiento de dicho contrato; la imposición del deber de cumplimiento de las obligaciones contractuales y la autorización de la suspensión temporal o desconexión definitiva de las redes.

Cualquiera que sea el contenido de la intervención administrativa, la neutralidad exigible a la actuación de la CMT, -ex art. 103.1 CE-, se proyecta en relación a las posiciones contractuales de los operadores, pero no en relación al interés público. Cuando resuelve el conflicto sobre la interpretación y ejecución del acuerdo de interconexión, la CMT no atiende principalmente al interés de los operadores, sino al interés público, cuya tutela le encomienda la Ley (cfr. art. 2.6.II RIN). En relación a los intereses de los operadores inmersos en un conflicto sobre la interpretación y ejecución del acuerdo de interconexión, la CMT ha de adoptar una posición de neutralidad, análoga a la de los órganos judiciales en los procesos civiles.

²⁶ De “privilegio odioso” califican GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ la aplicación de la autotutela administrativa al campo de las relaciones *inter privados* (*Curso*, I, págs. 512 y 513)

D.1. Interpretación de la voluntad de los contratantes y definición del modus de cumplimiento del contrato.

La CMT interpreta la voluntad de los operadores, que han reglamentado autónomamente su relación de interconexión, y determina cómo ha de cumplirse el acuerdo. Emite un acto administrativo en el que impone a uno de los operadores o a ambos el cumplimiento de las obligaciones de interconexión en los términos del acuerdo, quedando el operador obligado al cumplimiento de tales deberes no sólo en cuanto parte de un contrato, sino también en cuanto destinatario de una acto administrativo.

En el desarrollo de esta labor interpretativa, el ente administrativo, -al igual que el juez civil-, ha de respetar la voluntad de los contratantes. Como cualquier pacto entre particulares, los acuerdos de interconexión tienen fuerza de ley entre las partes y deben cumplirse en sus propios términos (arts. 1091 y 1258 CC).

Como ya se ha indicado, el artículo 2.6 RIN especifica los criterios que la CMT “tendrá en cuenta” al dirimir los conflictos que se produzcan en relación con los acuerdos de interconexión. Entre tales criterios, predominan aquéllos que se refieren a los intereses públicos (v.gr. el interés del usuario, la conveniencia de fomentar ofertas innovadoras en el mercado y de dotar a los usuarios de una amplia gama de servicios de telecomunicaciones, la necesidad de mantener la integridad de la red pública de telecomunicaciones y la interoperabilidad de los servicios o la promoción de la competencia). La citada lista sólo se refiere indirectamente a los intereses de los operadores vinculados en la relación de interconexión, cuando alude a “la disponibilidad de alternativas técnica y comercialmente viables a la interconexión solicitada” y “las posiciones relativas de las partes *en el mercado*” (no en la relación contractual). De esto se deduce que, *sin desatender los intereses de los operadores, la intervención pública se limita a determinar cuál es la interpretación del acuerdo y la forma de cumplimiento del mismo que mejor satisface los intereses públicos en la interconexión de las redes y en el mantenimiento de la competencia.*

El carácter público de esta intervención administrativa no impide la aplicación de las reglas de interpretación de los contratos del Código Civil (arts. 1281 a 1289)²⁷.

D.2 Imposición del deber de cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Ante un incumplimiento de los términos del acuerdo, la CMT no sólo puede iniciar (de oficio) un procedimiento sancionador por incumplimiento de obligaciones en materia de interconexión (art. 79.10 LGT), sino que también puede adoptar medidas -cautelares o definitivas-, cuyo efecto práctico es análogo al obtenido a través de la acción de cumplimiento del Código Civil (art. 1098).

El acto administrativo, susceptibles de ejecución forzosa, puede imponer al operador el deber de cumplir las obligaciones contenidas en el acuerdo de interconexión o de otras, que no contenidas expresamente en el mismo integran la relación jurídica. El destinatario del acto administrativo queda así doblemente obligado, por el acuerdo y por la resolución administrativa. El art. 25 LGT es un instrumento que permite al operador perjudicado por un incumplimiento recabar en su favor la intervención de la Administración Pública²⁸.

D.3. Autorización de la suspensión de la conexión y/o de la desconexión de las redes.

En virtud del artículo 25 LGT, la CMT no sólo está habilitada para interpretar la voluntad contractual, determinar la forma de cumplimiento del acuerdo o pronunciarse sobre su incumplimiento, también puede pronunciarse

²⁷ Cfr. Res. CMT de 22-3-2001, expte RO-2000/4153, sobre el conflicto planteado por Colt en relación con el acuerdo de interconexión firmado con Capcom (FD 2º); de 27-7-2000, expte. ME 2000/2429, que resuelve el conflicto de interconexión abierto a solicitud de Lince Telecomunicaciones, S.A. (FD 3º).

²⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ critican que el privilegio de la autotutela administrativa pueda ponerse al servicio de intereses privados y califican de “privilegio odioso” la aplicación de la autotutela administrativa al campo de las relaciones *inter privatos* (*Curso, I*, págs. 512 y 513).

sobre la pretensión de un operador de suspensión de la conexión o en su caso, la desconexión definitiva de las redes, fundada en el incumplimiento por la contraparte de sus obligaciones contractuales.

No obstante, esta modalidad de la intervención administrativa forma parte de su potestad de “exigir la interconexión efectiva” (art. 22.3 LGT)²⁹.

En ejercicio de esta potestad pública de resolución de conflictos, la CMT está habilitada para pronunciarse sobre las consecuencias jurídico-materiales del incumplimiento de obligaciones contractuales. Así, mediante acto administrativo, puede obligar al incumplidor a dejar de prestar sus servicios a través de la red, en tanto que el incumplimiento sea subsanable (v.gr. se regularicen los pagos) o exigir la desconexión definitiva, si el incumplimiento es grave o resolutorio. Pero cualquiera de estas intervenciones de la CMT no afecta a la subsistencia del vínculo obligatorio. Éste sólo se extingue si concurren las causas de extinción previstas en el propio acuerdo y ambos contratantes aprecian conjuntamente su concurrencia, o cuando, siendo apreciada unilateralmente la concurrencia de la causa de extinción, el juez civil o el árbitro declaren la extinción o resolución del contrato.

Obviamente, cuando en ejercicio de esta potestad pública, la CMT se pronuncia sobre la oportunidad de la suspensión de la conexión o la desconexión definitiva no ha de imponer sacrificios desproporcionados o insoportables al interés particular. Al contrario, ha de *conjugar el interés privado* en la desconexión de las redes, justificada en el incumplimiento grave de obligaciones esenciales derivadas del contrato, y *el interés público* en el mantenimiento de la interconexión.

La solución a esta cuestión pasa por una *ponderación de los intereses en conflicto*. No cabe adoptar una regla general y válida en todo caso. Es preciso valorar casuísticamente si la tutela de los intereses generales o de terceros justifica

²⁹ V. *infra* epgr.3. apdo. E.4, letra c).

el “sacrificio” del interés particular y si la causa que justifica la resolución del contrato hace indispensable la desconexión de las redes.

Respecto a esta valoración de intereses es importante tener en cuenta que si la desconexión de las redes afecta a otros intereses distintos al del incumplidor, también el incumplimiento de obligaciones esenciales derivadas del contrato y a primera vista, sólo relevantes para el interés privado, afecta negativamente al interés general.

Por ejemplo, si ante un incumplimiento consistente en la falta de pago de los servicios de interconexión, se niega la facultad resolutoria del operador perjudicado y su facultad de desconectar las redes, ello supone imponerle un deber insoportable como es el de financiar o subvencionar la prestación de servicios por un competidor. Esto repercute no sólo en la cuenta de resultados del operador perjudicado, sino en la calidad y eficiencia del sistema en su conjunto y en el nivel de competencia (no existen igualdad entre los competidores). Es obvio entonces que también el incumplimiento “privado” afecta al interés general³⁰.

Al realizar su juicio ponderativo, la CMT tomará en consideración, entre otros, los siguientes elementos³¹:

1º) *Acceso directo versus acceso indirecto*. Se ha de valorar si el operador incumplidor que sufrirá el perjuicio de la desconexión presta sus servicios por medio de acceso directo o indirecto³². En cualquiera de los dos

³⁰ Ver Resolución CMT de 19-10-00, *Telefónica-American Telecom*, FD 2.c.2º.

³¹ Los criterios que se proponen a continuación han sido extraídos de las resoluciones de la CMT, en particular, de su resolución de 19-10-00, sobre el conflicto de interconexión planteado por Telefónica de España, S.A.U. para resolver el Acuerdo General de Interconexión con American Telecom, S.A. por impago de ésta última, y obtener la autorización para desconectar sus redes.

³² Recuérdese que se habla de provisión de servicios de telecomunicaciones por acceso directo cuando el mismo operador que ofrece el acceso físico a la red (“enganche” o conexión) es el que presta los servicios sobre la misma; se habla de acceso indirecto cuando existe un operador que ofrece el acceso físico y otro u otros operadores que ofrecen servicios a través de esa red, siendo seleccionados por los usuarios llamada a llamada, mediante la marcación de un código, o preseleccionados.

casos, la desconexión ocasiona un perjuicio a sus usuarios que ven disminuidas sus posibilidades de comunicación. Pero sólo si el acceso es directo, las posibilidades de comunicación de los usuarios del operador interconectado son *eliminadas*, al menos temporalmente, a causa de la desconexión. En el supuesto de que el acceso sea indirecto, el usuario puede acceder a los servicios de telecomunicaciones prestados por su proveedor de acceso directo. Los usuarios del servicio de acceso directo del operador incumplidor sufren una interrupción del servicio, equivalente a la que podrían sufrir si fueran ellos mismos quienes incurrieran en impago o mora [arts. 39.1, c) RSTB; 59 y 60 RSU)]³³. Por contra, si los servicios son prestados por acceso indirecto, la desconexión no impide a los clientes de otros operadores, en particular, a los del operador que provee la conexión, comunicarse con los clientes del operador incumplidor, a través del proveedor de acceso directo.

En *conclusión*, sólo si los servicios son prestados por acceso directo, la desconexión ocasiona trastornos de importancia a los clientes del operador interconectado, que sufre la desconexión.

2º) *Cuota de mercado*. En función de la cuota de mercado del operador perjudicado por la desconexión, se puede determinar cuantitativamente el número de clientes del operador incumplidor que se verán perjudicados por la desconexión.

Además, la cuota de mercado sirve para determinar la medida en la que los clientes del operador que pretende desconectar la red ven disminuidas sus posibilidades de comunicación. Si la cuota de mercado es baja, los perjuicios de los clientes que pretenden comunicarse con los abonados del operador incumplidor no son significativos.

³³ En la relación entre operador interconectado y usuarios, serán de aplicación los pactos contractuales que regulan el régimen de interrupción (suspensión o interrupción definitiva) del servicio. En su defecto, puede resultar aplicable por analogía lo estipulado en los artículos 59 y 60 RSU (cfr. CARRASCO, A., MENDOZA, A. E IGARTUA, F., “Los derechos de los usuarios de las telecomunicaciones”, en ARPÓN DE MENDÍVIL, A. Y CARRASCO PERERA, A.(Directores), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, págs. 669-672.

3º) *Existencia de alternativas en el mercado.* Si la oferta existente en el mercado, permite a los clientes del operador que sufre la desconexión elegir otro operador de servicios, en un breve plazo de tiempo y sin mayores dificultades, se puede afirmar que la desconexión no ocasiona trastornos o perjuicios graves a sus clientes.

En el improbable caso, de que, conforme a los criterios indicados, la desconexión perjudicara gravemente a terceros, la CMT no autorizaría la desconexión. Por analogía y en atención al bien jurídico protegido por el art. 22.3, -esto es, el interés público en la obtención (y conservación) de la interconexión de redes y servicios públicos de telecomunicaciones-, se ha de admitir que también en este caso está justificada la intervención de la CMT no exigiendo la interconexión efectiva, sino desautorizando la desconexión y fijando las condiciones a la misma, con los requisitos exigidos por el 22.3 LGT (“la intervención de la CMT será la estrictamente necesaria para proteger los interés públicos”). El mantenimiento de la interconexión física y funcional no impide la satisfacción del interés del operador, perjudicado por el incumplimiento, por otras vías (el pago de lo adeudado y la indemnización por los daños ocasionados).

En cualquier caso, el principio de buena fe, -que integra el contenido de la relación jurídica-, exige que la práctica de la suspensión de la conexión o desconexión definitiva de las redes se haga de modo que el operador perjudicado pueda informar a sus usuarios con la suficiente antelación y en su caso, adoptar las medidas oportunas para minimizar el perjuicio que aquéllos puedan sufrir³⁴.

³⁴ Así, la CMT no ha autorizado la desconexión de las redes en casos en los que no concurriendo las causas de resolución anticipada fijadas en el contrato (v.gr. impago de facturas, tras el requerimiento de la parte en mora y del transcurso del plazo para el pago; pérdida del título habilitante por cualquiera de las partes, falta de uso de los servicios de la otra parte por el plazo contractualmente establecido...), el operador no cumple con la obligación de comunicar su intención de resolver el contrato por extinción del plazo de duración del mismo en el plazo de preaviso determinado en el acuerdo (cfr. Res. CMT de 22-3-2001, expte. RO-2000/4153, sobre el conflicto planteado por Colt en relación con el acuerdo de interconexión firmado con Capcom).

E) *Procedimiento. En particular, el acto que pone fin al procedimiento.*

La normativa sectorial no es muy prolija al regular los trámites del procedimiento de resolución de conflictos contractuales por la CMT (cfr. art. 19 RCMT). A salvo de ciertas peculiaridades, la intervención de la CMT se desarrolla conforme a los trámites del procedimiento administrativo de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento administrativo común, modificada por Ley 4/1999 (arts. 1.Uno LLT y 2.1 RCMT).

El procedimiento comenzará normalmente a instancia de parte interesada³⁵, aunque, -con las reservas ya expresadas-, nada obsta su iniciación de oficio³⁶.

Es el Consejo de la CMT el órgano encargado de resolver el conflicto (arts. 1.Tres LLT y 32 RCMT).

En el plazo máximo de seis meses desde que se pida su intervención, la CMT emitirá una resolución que pone fin al procedimiento. Dicha resolución contiene un acto administrativo, que agota la vía administrativa y como tal, es

³⁵ Salvo error u omisión por mi parte, hasta el momento, la CMT no ha resuelto de oficio en ningún conflicto de interconexión relativo a la interpretación o ejecución del acuerdo. Una importante intervención de oficio se contiene en la resolución de 22-2-2001, expte. ME 2000/3220, por la que se asegura la interoperabilidad debida a los usuarios por parte de Airtel Móvil, S.A y Telefónica Móviles de España, S.A. con respecto a números cortos y de inteligencia de red de los asociados a la Asociación de Operadores de Cable. Pero en este caso, el conflicto se había suscitado previamente a instancia de la Agrupación de Operadores de Cable, a quien se tiene por desistida por no haber subsanado un defecto de su representación.

³⁶ En el Derecho comparado se plantean dudas similares. El §37 (1) TKG prevé una posible intervención de oficio de la Agencia Reguladora alemana, si bien también se refiere a la solicitud de las partes como término *a quo*: “Kommt zwischen den Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze eine Vereinbarung über Zusammenschaltung nicht zustande, ordnet die Regulierungsbehörde nach Anhörung der Beteiligten innerhalb einer Frist von sechs Wochen, beginnend mit der Anrufung durch einen der an der Zusammenschaltung Beteiligten, die Zusammenschaltung an”; el § 9 (1) NZV desarrolla el precepto legal. De sus términos resulta una afirmación de la petición de parte, no necesariamente excluyente del inicio de oficio: “Kommt zwischen den Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze eine Vereinbarung über Zusammenschaltung nicht zustande (§ 37 Abs. 1 des Gesetzes), kann jeder der an der Zusammenschaltung Beteiligten die Regulierungsbehörde anrufen”. Vid *supra* epígr. B), referido a la naturaleza de esta función, concretamente apdo. iii).

recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 1.Ocho LLT). Corresponde a la CMT velar por el cumplimiento efectivo de su resolución (art. 19.3 RCMT).

La CMT puede adoptar medidas cautelares hasta el momento en el que se dicte la resolución definitiva (arts. 1.Seis LLT y 31 RCMT).

En este acto administrativo, la CMT interpreta la voluntad de los contratantes y determina cuál es la forma de ejecución del contrato que optimiza la realización del interés público, concepto jurídico indeterminado cuya satisfacción concreta queda sometida a la valoración de la Comisión y al control por la jurisdicción contencioso administrativa³⁷. Sin embargo, el interés contractual del operador en el cumplimiento del contrato (interés positivo) y su interés en no sufrir daños derivados del cumplimiento o incumplimiento del mismo (interés negativo) han de ser tutelados en sede civil (vid. *infra* 3).

Naturalmente, el acto administrativo que pone fin al procedimiento carece de efectos de cosa juzgada civil. Por el carácter limitado de la intervención administrativa y de la eventual intervención de la jurisdicción contencioso-administrativa, dicho acto carece de eficacia impeditiva de la intervención de la jurisdicción civil. Su valor en el proceso civil es el equivalente al de la prueba (pericial), aportada por cualquiera de las partes interesadas.

Como ocurre en otros sectores del Ordenamiento (v.gr. Derecho de la competencia), la concurrencia de órganos administrativos y jurisdiccionales en la resolución de conflictos sobre un mismo objeto genera no pocos problemas de coordinación. Al examen de dichos problemas se dedica el subepígrafe siguiente.

³⁷ Sobre conceptos jurídicos indeterminados y control jurisdiccional de la actuación discrecional de la Administración vid. GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, *Curso*, I, pág. 451 y ss.

F) Problemas de coordinación entre CMT y juez civil.

Como acabo de indicar, la doble tutela de los intereses implicados en el acuerdo de interconexión plantea problemas de coordinación. La convergencia de funciones administrativas y jurisdiccionales civiles sobre los acuerdos de interconexión puede constituir una importante fuente de conflictos.

Aquí se ha defendido el carácter voluntario y alternativo de la intervención administrativa, -sin perjuicio de su intervención de oficio-, y la competencia del juez civil para conocer de cualquier conflicto contractual de interconexión, independientemente de que el mismo se haya sometido o se someta a la CMT. Esta posición obliga a reconocer que existen riesgos de pronunciamientos contradictorios entre las decisiones del conflicto dadas por la Administración o por el juez civil³⁸. Por poner algunos ejemplos, nada obsta para que la CMT afirme que una propuesta de reducción de precios, formulada en el marco de una relación contractual, es una auténtica oferta contractual aplicable a todos los servicios de interconexión contratados por los operadores y simultáneamente, el juez civil niegue la calificación de dicha propuesta como auténtica oferta contractual; algo similar puede ocurrir cuando el operador perjudicado por un incumplimiento contractual solicita a la CMT la autorización para proceder a la desconexión de las redes y al juez civil la resolución contractual por incumplimiento.

Como he tratado de argumentar y todavía seguiré haciéndolo un poco más, el problema de la coordinación de funciones no se da respecto a otras intervenciones de la CMT. En particular, las contempladas por los arts. 22.3 y 22.2.II LGT. En estos casos, la CMT actúa como garante del orden público económico del sector, por expresa atribución legislativa y su discrecionalidad se ve limitada por los conceptos jurídicos indeterminados de competencia en el mercado, interoperabilidad de los servicios e interés público. Cuando la CMT actúe en ejercicio de estas potestades-función completa la norma general aplicable al caso y su resolución heterointegra el contenido contractual y vincula al juez. La CMT “crea” la regla, porque la Ley le ha habilitado para ello y ejerce

³⁸ En su sentencia 70/1989, de 20 de abril, el TC ha reconocido la admisibilidad constitucional de esta distinta percepción de unos mismos hechos en el orden civil y en el administrativo.

esta potestad con exclusión de cualquier otro poder público (salvo el control de su acto por la jurisdicción contencioso-administrativa). Por el contrario, cuando resuelve conflictos contractuales, la CMT no crea reglas de Derecho, sino que “aplica” el Derecho a determinados hechos. Esta potestad no es exclusiva de la CMT, la comparte con el juez. Y nada obsta para que ambos órganos apliquen el Derecho a unos mismos hechos, valoren distintos intereses y lleguen a distintas consecuencias jurídicas.

Las consecuencias jurídicas de la existencia de pronunciamientos contradictorios son muy relevantes. La resolución de la CMT es un acto administrativo, cuyo incumplimiento constituye una infracción administrativa (art. 79.15 LGT). Simultáneamente, la sentencia judicial es ejecutiva y como tal ha de ser cumplida. La existencia de una sentencia judicial de signo contrario al acto administrativo no puede ser considerada como causa que justifique el incumplimiento de dicho acto. Ello convertiría a la jurisdicción civil en una segunda instancia de apelación de los actos administrativos, lo que, obviamente, supone una modificación del sistema procesal anómala y no querida por el legislador.

La situación descrita ilustra acerca de la necesidad de articular mecanismos de cooperación entre la Administración y los órganos jurisdiccionales, que eviten el riesgo de pronunciamientos contradictorios sin que ello suponga una disminución de la tutela de los intereses de los operadores, ni tampoco del interés público, ni un menoscabo de las competencias atribuidas por el Ordenamiento a los distintos órganos llamados a conocer conflictos relativos a la interconexión de redes.

Al margen del principio de cooperación y lealtad institucional, - proclamado expresamente en las relaciones entre Administraciones públicas (art. 4 Ley 30/1992, redacción dada por Ley 4/1999), pero extrapolable al conjunto de los poderes públicos-, no existen en el Ordenamiento mecanismos que eviten este riesgo de pronunciamientos contradictorios. Ante la carencia de procedimientos específicos, parece conveniente aplicar aquí criterios similares a los propuestos en otros sectores del Ordenamiento en los que se plantean problemas idénticos al ahora descrito. En particular, en relación con la aplicación simultánea por órganos

jurisdiccionales y administrativos del Derecho de la competencia. Dichos sistemas se basan fundamentalmente en la suspensión (facultativa) del proceso civil, cuando se tenga conocimiento de que el órgano administrativo está conociendo del conflicto y en la aportación al proceso civil de informes administrativos (facultativos y no vinculantes)³⁹.

2.2 Función arbitral.

A) Regulación.

El artículo 1.Dos.2, a) de la Ley 12/1997 atribuye a la CMT la competencia para “arbitrar en los conflictos que puedan surgir entre operadores de redes y servicios del sector de las telecomunicaciones, así como en aquellos otros casos que puedan establecerse por vía reglamentaria, cuando los interesados lo acuerden”. El RCMT ha desarrollado este precepto, regulando la función y el procedimiento arbitral en los arts. 6 a 18. En lo no previsto por la regulación específica, será de aplicación subsidiaria la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje.

B) Naturaleza jurídica.

Las normas que regulan la función arbitral de la CMT se refieren

³⁹ El legislador español ha previsto un instrumento de cooperación entre los órganos judiciales y administrativos encargados de la aplicación del Derecho de la Competencia. La Ley 52/1999 que reforma la LDC añade un nuevo apartado al artículo 13 de la misma. Conforme a este precepto, el TDC “podrá, cuando le sea requerido por órgano judicial competente, emitir un informe sobre la procedencia y cuantía de las indemnizaciones que los autores de las conductas previstas en los artículos 1, 6 y 7 de la presente Ley deban satisfacer a los denunciantes y terceros que hubiesen resultado perjudicados como consecuencia de aquéllas”.

En la misma línea, las nuevas propuestas de reglamentos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado se orientan precisamente a establecer un sistema de cooperación entre las autoridades y tribunales de los Estados y la Comisión a fin de garantizar la aplicación uniforme del Derecho comunitario de la competencia y de evitar decisiones contradictorias. Así, el art. 15 de la Propuesta de Reglamento de modificación del Reglamento 17 establece varios mecanismos orientados a este fin: el derecho de los tribunales nacionales a obtener de la Comisión la información que obre en su poder para la aplicación de los arts. 81 y 82; la posibilidad de pedir opinión al órgano administrativo sobre la aplicación de las normas comunitarias de competencia; el derecho de la Comisión y de las autoridades nacionales de competencia a presentar observaciones escritas u orales a los tribunales nacionales; o la obligación de estos tribunales de remitir a la Comisión copia de las sentencias en las que se apliquen los arts. 81 y 82.

reiteradamente al *arbitraje de la Comisión*. Así, los operadores se someten al arbitraje de la Comisión (v.gr. arts. 7 y 8 LA); la Comisión controla, de oficio o a instancia de parte, su competencia para resolver la cuestión; valora la nulidad o caducidad del convenio arbitral (art. 14 RCMT); admite y practica las pruebas (art. 15 RCMT) y dicta el laudo (art. 17.1 RCMT). Estas expresiones no han de entenderse en sentido literal.

En primer lugar, no es la CMT sino un órgano de la misma, el Consejo, quien realiza cualquiera de los actos indicados (cfr. art. 32 RCMT), sin que quepa la delegación de esta función (art. 3.2 Reglamento Régimen Interior CMT); en segundo término, en cuanto entidad de Derecho público, dotada de personalidad jurídica, la CMT carece de capacidad para ser árbitro (art. 12.1 LA). Podrá administrar el arbitraje y nombrar a los árbitros [art. 10.1, a) LA], pero no dictar el laudo⁴⁰. Los árbitros son las personas físicas que integran la Comisión (más propiamente, su Consejo). La atribución a la CMT de la función arbitral constituye una licencia del lenguaje⁴¹. Así, lo pone de manifiesto el artículo 17 RCMT cuando exige que el laudo sea adoptado con la conformidad de al menos cuatro *de los miembros que constituyen la Comisión*, -debía decir el Consejo-, y que sea firmado por ellos, presumiendo la conformidad con la decisión arbitral de *quienes* no lo firman.

Es ésta una *función privada* de la CMT [cfr. arts. 1.Dos.2, a) LLT y 6.1 RCMT]. Los laudos dictados por la CMT en ejercicio de esta potestad son

⁴⁰ Vid. ALBALADEJO, M., “El sedicente arbitraje de las personas jurídicas”, AC, 1990-I, pág. 93 y ss, concr. pág. 96; LLEDÓ YAGÜE, F., “Comentario al Artículo 10 LA”, págs. 138-143; REGLERO CAMPOS, L.F., , *El Arbitraje. El convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de diciembre de 1988*. Montecorvo. Madrid, 1991, págs. 120 y 121; MARÍN LÓPEZ, J.J., “Comentario al Artículo 12 LA” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, págs. 181-203, concr. págs. 186 a 188. No obstante, este último autor afirma que si de *lege data*, las personas jurídicas no pueden ser árbitros, es más discutible que tampoco lo puedan ser de *lege ferenda*, dadas las funciones que el ordenamiento atribuye a las personas jurídicas (v.gr. tutela o guarda de menores).

⁴¹ Este tipo de licencia lingüística es habitual en las normas que prevén arbitrajes institucionales o administrados (cfr. arts. 31 Ley 26/1984, para la defensa de consumidores y usuarios; 34.2 Ley 33/1984, de Ordenación del seguro privado o 158.2 RDL 1/1996 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, conforme a la nueva numeración derivada de la integración de la Ley 5/1998, por citar algunos ejemplos).

recurribles únicamente ante el orden jurisdiccional civil y no ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Su revisión, anulación y ejecución forzosa se rigen por la Ley de Arbitraje (art. 1.Ocho.II LLT).

Es un *arbitraje institucional o administrado* del art. 10.1, a) LA. Como ya he indicado, lo que corresponde a la CMT no es “arbitrar” en el conflicto, sino administrar el arbitraje. Los árbitros son los miembros de su órgano decisor, el Consejo. Las secciones 1ª y 2ª del Capítulo II del Reglamento de la CMT (arts. 6 a 18) configuran el reglamento de la entidad encargada de administrar el arbitraje, que ha de ser aceptado por los operadores cuando someten la cuestión a arbitraje.

La atribución de esta función arbitral constituye un rasgo original del régimen jurídico de la CMT, en relación con el de otros entes que integran la Administración independiente. Carecen de funciones análogas otros entes que componen la denominada Administración Institucional (v.gr. Banco de España, Agencia de Protección de Datos, Comisión Nacional del Mercado de Valores). No obstante, es habitual la atribución de esta función arbitral, -junto a la pública-, a las entidades reguladoras de los sectores inmersos en procesos de liberalización y tránsito a la competencia⁴².

Se ha calificado la función arbitral de la CMT como un *arbitraje especial*, similar a los que la legislación articula para otros sectores de la actividad económica (transportes, seguros, propiedad intelectual...), cuya virtualidad y utilidad práctica es “inversamente proporcional a la desviación que sufren con respecto al arbitraje común”⁴³. Ello exige examinar las características de este arbitraje, en especial aquéllas que le identifican y le apartan del régimen general del sistema arbitral de resolución de conflictos.

⁴² La Comisión Nacional de la Energía creada por Ley 34/1998 de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos esta investida de funciones análogas a las de la CMT. El RD 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de la Energía configura dichas funciones en términos análogos a las de la CMT (v. arts. 7 a 13, para la función arbitral y 14 a 16, para la función pública de resolución de conflictos).

⁴³ MERINO MERCHÁN Y PÉREZ-UGENA, “La función arbitral...”, pág. 92.

C) *La sumisión a arbitraje.*

No hay ninguna duda en afirmar que la CMT sólo ejercerá su función arbitral “cuando los interesados lo acuerden” [arts. 1.Dos.2,a) LLT y 6.1 RCMT]. Los operadores por decisión autónoma pueden someter la cuestión litigiosa al arbitraje de la CMT, siempre que la controversia se refiera a materias de su libre disposición conforme a Derecho (art. 1 LA).

La voluntad autónoma de sumisión al arbitraje de la CMT puede manifestarse por sumisión unilateral de uno de los operadores, aceptada por el otro, o por convenio arbitral.

i) *Sumisión unilateral.* Los operadores pueden manifestar de forma expresa, mediante documento suscrito por los interesados o sus representantes, su voluntad de someterse al arbitraje de la CMT para resolver los conflictos que puedan suscitarse con otros operadores. El citado documento se depositará en la Secretaría de la CMT y ha de contener como mínimo los datos relativos a la personalidad del operador y su representante, la descripción de las redes o servicios y el título en cuya virtud los explote o gestione, su plazo de duración y la sumisión expresa del operador al arbitraje de la CMT (art. 7.1 RCMT).

Cualquier operador de redes y servicios puede solicitar de la CMT información sobre la sumisión o no a arbitraje de un determinado operador y en su caso, adherirse a la declaración unilateral (art. 7.2 RCMT).

ii) *Convenio arbitral.* Los operadores pueden pactar por convenio escrito la sumisión al arbitraje de la CMT de las controversias surgidas o que puedan surgir entre ellos. Dicho convenio puede concertarse como cláusula de un contrato principal o como convenio arbitral. En cualquier caso, será válido y obligatorio para las partes siempre que conste su voluntad inequívoca de someter determinadas cuestiones al arbitraje de la CMT y de aceptar su laudo y en el pacto

concurran los requisitos de validez de los contratos (art. 8 CMT)⁴⁴.

Cualquiera que sea la forma de sumisión al arbitraje de la Comisión, ésta ha de expresar la “voluntad inequívoca” de los operadores de someter al arbitraje de la Comisión la solución de todas o algunas de las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir en el marco de la relación jurídica de interconexión (art. 5.1 LA).

La sumisión al arbitraje de la Comisión tiene la eficacia prevista en el artículo 11 de la Ley de Arbitraje (art. 9 RCMT). Impide a los jueces y Tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante la oportuna excepción.

D) Objeto.

La función arbitral de la CMT tiene por objeto la resolución de los “*conflictos que puedan surgir entre operadores de redes y servicios del sector de las telecomunicaciones*, así como en aquellos otros casos que puedan establecerse por vía reglamentaria, cuando los interesados lo acuerden” (arts. 1.Dos.2, a) Ley 12/1997 y 6 RCMT). El RCMT no ha ampliado el objeto de esta función, regulando conflictos distintos a los ya contemplados en la Ley (art. 6 RCMT).

La definición del objeto de la función arbitral de la CMT exige la delimitación objetiva y subjetiva de los conflictos que pueden ser sometidos al arbitraje de la CMT.

D.1. Delimitación subjetiva.

La Ley se refiere exclusivamente a los conflictos entre operadores de

⁴⁴ En ocasiones, pueden plantearse dificultades para determinar cuándo el pacto de los operadores contiene una voluntad inequívoca de someter la cuestión al arbitraje de la Comisión y cuándo una mera constatación de la potestad pública de la CMT de resolver conflictos de interconexión en el marco de un procedimiento administrativo.

redes y servicios del sector de las telecomunicaciones. Ante el silencio de la Ley, cabe cuestionarse si también podrían ser sometidos al arbitraje de la CMT los conflictos surgidos entre los operadores y los usuarios finales.

En principio, el artículo 10.1,a) LA permite encomendar la administración del arbitraje a Corporaciones de Derecho Público que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras. El Reglamento de la CMT reproduce los términos de la LLT y no se pronuncia respecto a un eventual arbitraje en conflictos surgidos con los usuarios finales. Tampoco se refiere al arbitraje de la Comisión en conflictos con consumidores el artículo 54 LGT, que recoge entre los derechos de los usuarios los de someter las controversias que les enfrenten a los operadores al conocimiento de las Juntas Arbitrales de Consumo, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley 26/1984, de 19 de junio, sobre Defensa de los consumidores y Usuarios, y en sus normas de desarrollo y en su defecto, al especial arbitraje de consumo ante el Ministerio de Ciencia y Tecnología⁴⁵.

Así y sin perjuicio de una ulterior previsión reglamentaria, no parece que el arbitraje de la CMT esté abierto a la resolución de conflictos entre usuarios finales y prestadores de servicios⁴⁶. Estos conflictos entre operadores y usuarios se someterán al sistema general de arbitraje de consumo regulado por el artículo 31 de la LGDCU o al sistema específico de arbitraje de consumo regulado por el artículo 54 LGT⁴⁷.

⁴⁵ La norma se refiere al Ministerio de Fomento. Pero por la reestructuración ministerial realizada por el RD 557/2000 (BOE núm. 102, de 28-4-2000), todas las referencias al MF, deberán entenderse hechas al MCT.

⁴⁶ MERINO MERCHÁN Y PÉREZ-UGENA llegan a una conclusión distinta. En opinión de estos autores, la CMT puede arbitrar en ambos tipos de conflictos. Pero en aquéllos que se susciten entre operadores, su competencia deviene imperativa, de modo que, presentada una solicitud de arbitraje, la CMT está obligada a aceptar el arbitraje, “forma parte de sus funciones” (competencia imperativa e irrenunciable); sin embargo, en los conflictos planteados entre operadores y clientes, la CMT puede rechazar la solicitud de arbitraje (competencia potestativa y renunciante) (“Función arbitral...”, págs. 108 y 109).

⁴⁷ Sobre este procedimiento de resolución de conflictos vid. CARRASCO PERERA, MENDOZA LOSANA E IGARTUA, “Los derechos de los usuarios...”, pág. 668.

D.2. Delimitación objetiva.

La delimitación del objeto de la función arbitral de la CMT exige definir qué se entiende por “conflictos” en el contexto de la Ley. En sentido técnico - como corresponde interpretar el precepto-, sólo estaremos ante un verdadero arbitraje de la CMT, si ésta resuelve de forma vinculante una *cuestión litigiosa* o conflicto jurídico de intereses, en el que las partes solicitan la declaración de su derecho en el marco de una relación jurídica íntegra⁴⁸.

Como he sostenido y sin perjuicio de la prohibición de abuso de posición de dominio derivada del Derecho de la competencia, el ordenamiento no concede tutela de Derecho privado a la pretensión *ex lege* de obtener interconexión en unas condiciones determinadas (v.gr objetivas, transparentes y no discriminatorias ex art. 22.4 LGT). Una pretensión de este tipo sólo queda protegida cuando existe previamente un acuerdo de interconexión o una resolución de la CMT que constituye la relación jurídica. A los efectos que aquí interesan, esto implica que *pueden ser sometidos al arbitraje de la Comisión los conflictos referentes a la interpretación y ejecución de acuerdos de interconexión, así como los conflictos referentes a la interpretación y ejecución de las resoluciones de la CMT en las que ésta exija la interconexión efectiva y fije sus condiciones.*

La Comisión no ejerce función arbitral alguna cuando resuelve conflictos de negociación de acuerdos de interconexión. Únicamente ejerce esta función si las partes someten a su conocimiento conflictos referentes a la interpretación y ejecución de acuerdos de interconexión. Pero no cuando determina los elementos que integran la relación contractual (v.gr. precio, número de puntos de interconexión...). En este caso, la CMT no resuelve una cuestión litigiosa (conflicto de intereses relevante para el Derecho), surgida en el marco de una relación jurídica íntegra, sino que define un elemento para que esta relación pueda quedar constituida (por la voluntad heterointegrada de los operadores). No existe una *cuestión litigiosa* nacida en una relación jurídica íntegra, que haya de ser

⁴⁸ Sobre lo que ha de entenderse por “cuestión litigiosa” vid. REGLERO CAMPOS, *El Arbitraje*, págs. 168-172.

dirimida, sino una *relación incompleta*, que ha de ser *integrada*. Si los operadores de mutuo acuerdo solicitan esta intervención integradora de la CMT, no hablaremos de arbitraje de la Comisión, sino de “arbitrio de un tercero”⁴⁹; si es la CMT quien, de oficio o a instancia de una de las partes y ante la ausencia de interconexión, fija condiciones de interconexión, estaremos ante el ejercicio por la Comisión de sus funciones públicas (arts. 22.3 y 25 LGT). Naturalmente, ninguna de las decisiones emitidas por estas vías constituyen un laudo ejecutivo e impugnabile ante la jurisdicción civil por las causas tasadas previstas en la Ley de Arbitraje.

Por otra parte, también pueden ser sometidos al arbitraje de la CMT los conflictos sobre la interpretación y ejecución de las resoluciones de la CMT en las que se exija la interconexión efectiva y se establezcan las condiciones para la misma [art. 2.1.a) LA, por analogía]. Aunque, -como señala el profesor REGLERO CAMPOS refiriéndose a las sentencias judiciales⁵⁰-, una vez que la resolución administrativa es firme, a lo que llegarán las partes, más que a un arbitraje, será a acuerdos transaccionales sobre su ejecución, que eviten la ejecución forzosa.

Una vez definido el concepto de “conflicto” que puede ser sometido al arbitraje de la Comisión, cabe cuestionarse la compatibilidad de la función arbitral de la CMT y su función pública de resolución de conflictos de interconexión. Dicho en otros términos, se cuestiona si la CMT puede dirimir por arbitraje conflictos de interconexión, sobre los que ya tiene atribuida una potestad pública de resolución [arts. 1.Dos.2, e) LLT y 25 LGT).

La doctrina generalizada admite la compatibilidad entre la potestad

⁴⁹ Sobre la distinción entre ambas figuras es clásica la cita de la obra de DIEZ-PICAZO, L., *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*. Bosch. Barcelona, 1957, págs. 59 a 81, vid. también BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Comentario al artículo 1 LA” en la obra coordinada por el mismo autor *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, págs. 17-30, concr. págs. 25-30; REGLERO CAMPOS, *El Arbitraje*, págs. 140-146; GASPARD LERA, S., *El Ámbito de Aplicación del Arbitraje*. Aranzadi. Pamplona, 1998, págs. 66 a 68.

⁵⁰ *El Arbitraje*, pág. 63.

administrativa de la CMT de resolución de conflictos de interconexión y su función arbitral⁵¹. Esto significa que cualquier conflicto referente a la interconexión de redes y servicios de telecomunicaciones puede ser resuelto por acto administrativo o laudo arbitral. Sólo algunos autores han cuestionado esta compatibilidad, entendiendo que, por tratarse de una cuestión de interés público sobre la que la CMT ostenta potestades públicas, los conflictos de interconexión no pueden ser sometidos al arbitraje de la Comisión⁵².

Por mi parte, entiendo que la solución a la cuestión se ubica en un punto intermedio entre ambas posiciones. Ciertamente, *no todos los conflictos de interconexión pueden ser sometidos al arbitraje de Derecho privado de la Comisión. Pero tampoco cabe excluir la intervención arbitral en cualquiera de las cuestiones referentes a la relación de interconexión entre dos operadores.*

Es un rasgo inherente al arbitraje que las *materias* sometidas a este procedimiento pertenezcan a *la libre disposición de las partes* (art. 1 LA). A pesar de la dicción literal del artículo 1 LA, el criterio para determinar la arbitrabilidad de un conflicto no radica en la “disponibilidad *de la materia*”, sino en la disponibilidad *del derecho* controvertido⁵³. Por ello, no cabe excluir del arbitraje de la CMT cualquier conflicto referente a la interconexión de redes. Para dar una respuesta a la cuestión es preciso examinar si el derecho que da origen a la

⁵¹ F. BACH I MONTSERRAT, aunque augura una escasa utilización de la función arbitral, se pronuncia en favor de la duplicidad de procedimientos, que se ofrecen como alternativas a los operadores (“La función reguladora de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones” en J.F. MERINO MERCHÁN Y M. PÉREZ-UGENA COROMINA (Coord), *Régimen...*, 1998, págs. 63-73, concr. págs. 69 y 71; también se pronuncian en favor de la compatibilidad de estos procedimientos MERINO MERCHÁN Y PÉREZ-UGENA. Estos autores insisten en poner de manifiesto la diferencia entre la intervención pública y la función arbitral. En la primera, “no hay laudo, porque no hay convenio arbitral de sometimiento a la CMT”. Pero entienden que ello no significa que “los titulares de redes de telecomunicación y los operadores de servicios, sean o no titulares de redes, que deseen acceder a aquéllas no puedan someter la disputa antes o después de la resolución vinculante al arbitraje de la CMT” (“Función arbitral...”, págs. 112 y 113).

⁵² TEROL GÓMEZ afirma que la CMT incurriría en una infracción jurídica, si se prestara a arbitrar en Derecho privado un conflicto que la ley le ordena resolver con arreglo al Derecho Administrativo. Además considera “sumamente inadecuado” la desadministrativización de la resolución de los conflictos de interconexión (*El control público*, pág. 174); en similares términos se pronuncia FERNANDO PABLO, M., *Derecho general*, pág. 185.

⁵³ GASPAR LERA, S., *El Ámbito*, págs. 88 a 90.

cuestión litigiosa es o no disponible por los operadores. Si la respuesta es afirmativa, no hay obstáculo para aceptar la arbitrabilidad de la controversia. Así, el problema se desplaza ahora hacia la determinación de qué derechos son disponibles por los operadores.

No es disponible el derecho de interconexión, entendido como derecho genérico a obtener la interconexión física y funcional de las propias redes o servicios con los de terceros⁵⁴. Su indisponibilidad no procede del carácter imperativo de la norma que atribuye el derecho (art. 22.1 LGT)⁵⁵, sino principalmente de la disponibilidad de su ejercicio por la CMT (arts. 22.1.II y 22.3 LGT). Desde esta perspectiva, no pueden someterse al arbitraje de la CMT las cuestiones referentes a la obligación de proveer interconexión.

La conversión del deber genérico de interconexión del artículo 22.1 LGT en un deber concreto de facilitar interconexión a determinado operador es una cuestión reservada a la autonomía de la voluntad de los operadores, o en su defecto, a la intervención heterónoma de la CMT (*acto de accertamento*). Por el interés público en la interconexión, el legislador reserva a la CMT la potestad de determinar con discrecionalidad técnica si determinado operador está obligado a facilitar la interconexión, o por el contrario, se ha de limitar temporalmente ese deber por escasez de recursos y existencia de alternativas viables a la interconexión solicitada (art. 22.1. II LGT). Como he argumentado⁵⁶, la LGT y el RIN están desprovistos de eficacia jurídica de Derecho privado, -no son fuentes inmediatas de la obligación de interconexión-, y por ello, el juez civil carece de competencia para suplantar esta intervención de la CMT. Correlativamente, si se

⁵⁴ En general, sobre el requisito de la libre disposición vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario al Artículo 1 LA”, págs. 19-21; sobre el carácter indisponible del derecho de interconexión vid. Cap. II, epgr. 3.1, A), apdo. a).

⁵⁵ El carácter imperativo de las normas que reconocen derechos no es siempre sinónimo de la indisponibilidad del ejercicio de tales derechos. Así, la STS de 4-12-1985 (RJ 1985, 4235) declara que “no debe confundirse el carácter de *ius cogens* de las normas jurídicas, con el ejercicio de los derechos privados de los que se puede disponer pues, en tales casos, no cabe interpretar que se procede en contra de la ley sino, precisamente, de acuerdo con ella”.

⁵⁶ Cfr. Capítulo II, epígrafe 3.

excluye la intervención judicial a este nivel, también ha de excluirse la intervención arbitral, incluso cuando el árbitro sea la propia CMT.

En definitiva, la CMT no puede decidir por laudo de Derecho privado limitar la obligación de interconexión de determinado operador. La apreciación de la concurrencia de causas que justifican la limitación de la obligación de interconexión constituye una función pública de la Comisión y su ejercicio ha de someterse al control de la jurisdicción contencioso administrativa. El eventual laudo en el que se adoptara una decisión sobre los extremos indicados adolece de nulidad originaria, por versar sobre una cuestión indisponible por los particulares, conforme a Derecho, y sobre la que no cabe el arbitraje de Derecho privado (art. 45.4 LA).

No obstante, lo que acaba de afirmarse no se compadece bien con la redacción del propio artículo 22.1.II LGT. Éste afirma que “la resolución de la CMT limitando la obligación de interconexión, habrá de ser *motivada y publicada, de acuerdo con lo dispuesto en la normativa que resulte de aplicación a la actuación de aquélla*”. La literalidad del precepto sugiere que la CMT puede adoptar esta decisión de limitar la obligación de interconexión en ejercicio de su función arbitral (la resolución final será motivada y publicada conforme a las normas del procedimiento administrativo o conforme a las normas que rigen el proceso arbitral)⁵⁷. Esta interpretación encierra una importante contradicción. Supone afirmar implícitamente que la obligación de interconexión pertenece a la esfera de libre disposición de los operadores. Ello no sólo es contrario a los artículos 22.1 y 22.3 LGT, sino que ocasiona la quiebra de los principios ORA. La interconexión es una obligación, indisponible para los operadores y sólo disponible para la CMT.

⁵⁷ El Proyecto de Ley presentado por el Gobierno (BOCG núm. 74-1, de 30-6-1997) establecía que la citada resolución de la CMT habría de ser motivada y publicada “de acuerdo con lo dispuesto en su normativa específica”. Lo que permitía entender con mayor nitidez que el régimen de notificación sería el previsto en la Ley 30/1992, en defecto de previsión por la normativa sectorial (art.1.Uno LLT). La redacción definitiva del precepto procede de una enmienda en el Senado, que no fue motivada singularmente por responder a “razones técnicas, gramaticales o de estilo” (BOCG núm. 74-16, de 2-4-1998). En mi opinión, aunque se pueda llegar a la conclusión de que la modificación no introduce alteraciones sustantivas del régimen de la limitación, sí plantea dudas razonables sobre el régimen de la intervención administrativa.

Para superar esta contradicción, podría pensarse que el artículo 22.1.II contempla la posibilidad de someter el conflicto a un arbitraje administrativo, en el que la CMT resuelve conflictos sobre atribución de derechos públicos⁵⁸, como es el de interconexión⁵⁹. Se regula esta intervención en el artículo 25 LGT y como ya nos es conocido es distinta del arbitraje de Derecho privado previsto en la LLT y en el RCMT⁶⁰. La CMT resuelve por acto administrativo motivado (art. 54 Ley 30/1992) y recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Así, las distintas actuaciones de la CMT a las que se refiere el precepto serían la intervención de oficio (art. 22.3 LGT) o la intervención a instancia de una de los operadores, - “arbitraje” administrativo de la CMT (art. 25 LGT). Con todo, esta interpretación tampoco sirve para aclarar el sentido del precepto, pues no existen diferencias apreciables entre el régimen de motivación, publicación y notificación a los interesados de la resolución final del procedimiento, en función de que la CMT intervenga de oficio o a instancia del interesado, tal y como sugiere la norma.

Por otra parte, una vez constituida la relación jurídico privada de interconexión, -por acuerdo o resolución administrativa-, coexisten en ella derechos (propiamente, facultades) disponibles con otros que no lo son (recuérdese la distinción entre obligaciones legales de interconexión *versus* otras obligaciones contractuales o impuestas⁶¹). Por ejemplo, es disponible por el operador el derecho de exigir el pago del precio o el de exigir el despliegue de

⁵⁸ PARADA VÁZQUEZ observa que la actividad administrativa arbitral no se agota con la injerencia de la Administración en las funciones de la Jurisdicción civil, sino que también se extiende al ámbito propio de la intervención administrativa sectorial y afirma el autor que “es una técnica al servicio del principio de igualdad en la dispensa de derechos y ventajas administrativas limitadas” (*Derecho Administrativo, I*, pág. 592).

⁵⁹ Vid. lo expuesto en el Capítulo II, respecto a la naturaleza del derecho subjetivo de interconexión.

⁶⁰ Sobre este tipo de arbitraje pueden consultarse además de la ya citada aportación de PARADA VÁZQUEZ, en su *Derecho Administrativo, I*, los trabajos de ROSA MORENO, J., *El arbitraje administrativo*, McGraw-Hill, Madrid, 1998 y TRAYTER, J.M., “El arbitraje de Derecho Administrativo”, *RAP*, núm. 143 (1997), págs. 75-106.

⁶¹ Cap. II, epgr.4, apdo. 4.4.

ciertos puntos de interconexión, conforme a lo pactado; pero no lo es el derecho a exigir el despliegue del número mínimo de puntos de interconexión, exigido por la normativa de títulos habilitantes o el de mantener o suprimir la conexión.

En *conclusión*, nada obsta para que los operadores puedan someter al arbitraje de la Comisión los conflictos referentes a la interpretación y ejecución de acuerdos de interconexión o de resoluciones de la misma CMT, siempre que los derechos controvertidos sean disponibles por los operadores. Son disponibles todos aquellos derechos nacidos del acuerdo de interconexión o de la resolución de la CMT que no se corresponden con deberes legales de interconexión. No creo que la imprescindible vinculación entre el conjunto de derechos nacidos del acuerdo o de la resolución de la CMT provoque la extensión de la inarbitrabilidad también a aquéllos que no afectan directamente al interés público en la interconexión (art. 2.1, b LA).

Por último y a mayor abundamiento, he de afirmar que la posibilidad de someter al arbitraje de la Comisión los conflictos referentes a la interpretación y ejecución de acuerdos de interconexión (o incluso de resoluciones de la CMT) es una consecuencia necesaria de la tesis aquí defendida. Obviamente, si se sostiene que la intervención administrativa y en su caso, de la jurisdicción contencioso-administrativa, no excluye la intervención de la jurisdicción civil, por ser esta la sede en la que los operadores obtienen la plena satisfacción de sus pretensiones contractuales, correlativamente, se ha de admitir que los operadores también pueden someter la cuestión litigiosa al arbitraje de la Comisión, sin perjuicio de su intervención pública o administrativa. El arbitraje de la CMT -o cualquier a otro arbitraje - es una vía alternativa a la intervención judicial, “equivalente jurisdiccional” que permite a los operadores obtener la plena tutela de sus pretensiones contractuales (nulidad contractual, resolución por incumplimiento e indemnización de daños).

E) *Tipo de arbitraje.*

La LLT no se pronuncia sobre la modalidad de arbitraje (de equidad o de

Derecho) ejercido por la Comisión. Ello invita a pensar que rigen las reglas generales del arbitraje común (art. 4 LA). Tratándose de un arbitraje administrado por una Asociación o Corporación, se estará a lo dispuesto en su reglamento (art. 4.2 *in fine* LA), sin perjuicio de la voluntad de las partes⁶².

El artículo 17 RCMT suscita ciertas dudas respecto a la corrección de lo que se acaba de afirmar. Según el precepto, el laudo, que se dictará por escrito y expresará las circunstancias de las partes, las cuestiones sometidas al arbitraje, una sumaria relación de las partes y de las pruebas practicadas y las alegaciones formuladas, *será motivado con los fundamentos de hecho y de Derecho en que se sustente la decisión arbitral*. Las dudas surgen porque la LA sólo exige la motivación del laudo cuando los árbitros decidan la cuestión litigiosa con sujeción a Derecho (art. 32.2 LA). Esto implica una limitación de las posibilidades de opción de los operadores. El arbitraje de la Comisión es siempre de Derecho⁶³.

Sin embargo, esta opción plantea problemas prácticos que hacen dudar de la viabilidad de la función arbitral de la Comisión. Y es que mientras el artículo 12 LA exige que cuando el arbitraje sea de Derecho, los árbitros han de ser abogados en ejercicio, ninguna exigencia de este tipo contiene la LLT respecto a la composición del Consejo de la CMT.

F) *Los árbitros.*

Es una premisa básica de todo tribunal arbitral la independencia de sus miembros con respecto a las partes que suscriben el convenio arbitral o aceptan la sumisión de la cuestión a arbitraje (art. 12.3 LA). La CMT se configura como entidad de Derecho público, independiente de la Administración a la que se adscribe y neutral en relación a los distintos agentes que intervienen en el

⁶² Cfr. LLEDÓ YAGÜE, F., “Comentario al Artículo 10 LA” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, págs. 138-172, concr. págs. 140 y 141.

⁶³ En el mismo sentido, MERINO MERCHÁN Y PÉREZ UGENA (“Función arbitral...”, págs. 111 y 112).

mercado⁶⁴. La legislación sectorial pretende garantizar no sólo la independencia institucional del tribunal arbitral, sino también la independencia de sus miembros.

El ejercicio de esta función arbitral corresponde al Consejo de la CMT, órgano integrado por un Presidente, Vicepresidente, nombrados por el Gobierno a propuesta del MCT y por siete Consejeros nombrados por este mismo Ministerio. Todos ellos son elegidos entre personas de reconocida competencia profesional relacionadas con el ámbito de las telecomunicaciones (art. 1.Tres LLT y 32 y 33 RCMT). Se les aplica el régimen de incompatibilidades de los Altos Cargos de la Administración, régimen que se completa con la prohibición de ejercer actividad profesional relacionada con el sector durante los dos años posteriores a su cese (art. 37 RCMT).

Quedan limitadas las facultades de la CMT para nombrar a los árbitros. Aunque el Reglamento no lo manifiesta expresamente, cabe entender que los árbitros son *todos* los miembros del Consejo (cfr. art. 17. 3 RCMT).

Una de las principales deficiencias de esta función arbitral de la CMT reside en la rigidez con la que se configura el sistema de designación de los árbitros. A pesar de que la designación de los árbitros por los comprometidos ha constituido históricamente el núcleo de la institución arbitral⁶⁵, no se reconoce esta facultad a los operadores que someten la cuestión litigiosa al arbitraje de la CMT. Ciertamente, la Comisión administra el arbitraje y como tal, le corresponde

⁶⁴ Sobre la independencia de los entes que componen la “Administración independiente” vid. BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Las Administraciones independientes*, Tecnos. Madrid, 1994. Sobre la independencia de la CMT cfr. CARLÓN RUIZ, V., “La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”, *REDA*, núm. 102, págs. 229 y ss.; EZCURRA, L., “Sobre la conveniencia de designar una autoridad independiente para el control del cumplimiento de la reglamentación por parte de las empresas públicas y privadas de televisión” en MUÑOZ MACHADO, S. (Editor), *Derecho Europeo del Audiovisual. Actas del Congreso organizado por la Asociación Europea de Derecho del Audiovisual. Sevilla. Octubre, 1996*. T. II. Escuela Libre Editorial. Madrid, 1997, págs. 987-1019; MERINO MERCHÁN Y PÉREZ-UGENA, “Función arbitral...”, págs. 93 y 94; TEROL GÓMEZ, *El control*, pág. 73 y ss; CHILLÓN MEDINA, J.M., “Estado regulador y administración de telecomunicaciones”, en MERINO MERCHÁN, J.F. Y PÉREZ-UGENA Y COROMINA (Coord.), *Curso...*, págs.184-211, concr. 197-211.

⁶⁵ Vid. REGLERO CAMPOS, *El Arbitraje*, pág. 96 y en “Comentario al Artículo 9 LA” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, págs.119-137, concr. pág. 120.

a ella la designación de los árbitros [art. 10.1, a) LA]. Sin embargo, ello no impediría que los operadores pudieran designar o, al menos, proponer árbitros *ad hoc*. No es incompatible esta designación con el arbitraje institucional o administrado, como resulta del régimen de otros arbitrajes de este tipo (v.gr. arbitraje administrado por las Cámaras de Comercio, Industria o Agrarias o por la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual). Sin embargo, no se ha previsto expresamente en la regulación de la función arbitral de la CMT. Al contrario, el paradójico sistema de recusación y sustitución regulado por el art. 10 RCMT induce a sostener que *los componentes del Tribunal arbitral son sólo y exclusivamente los miembros del Consejo de la Comisión, elegidos por el Gobierno*.

Esta falta de flexibilidad de la función arbitral de la CMT es una de las razones que permite augurar la escasa utilización de la vía arbitral de resolución de conflictos de interconexión. Previsiblemente, los operadores que pretendan someter el conflicto a arbitraje no optarán por el arbitraje sectorial, sino por el general, ya sea un arbitraje *ad hoc* o un arbitraje administrado por alguna de las Cámaras o Tribunales arbitrales existentes en España o en el exterior, de acuerdo con lo previsto en la LA y en los Tratados internacionales suscritos por España (fundamentalmente el Convenio de Ginebra y el Tratado de Nueva York). Cualquiera de ellos proporciona a los contratantes mayor flexibilidad en la elección de los árbitros y en su caso, la recusación de los mismos.

Un elemento especialmente original y problemático de la función arbitral de la CMT es el régimen de recusación de los árbitros previsto por el artículo 10 RCMT. Los supuestos de recusación de los miembros de la Comisión coinciden con los supuestos de abstención (no de recusación) de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas (art. 28.2 Ley 30/1992). Sin embargo, la recusación se realizará en los términos de los arts. 17.2 y 3 y 18 LA, salvo en lo relativo a la sustitución de los árbitros, que no será posible.

Sorprende que, desprovista la función arbitral de carácter público [art 1.Dos.2, a) LLT], los motivos de recusación no sean los previstos para la generalidad de los árbitros (art. 17.1 LA y 219 LOPJ), sino los contemplados por la norma que regula el procedimiento administrativo. Es cierto que el catálogo de causas de recusación previstas para las autoridades y personal al servicio de la Administración se ajusta mejor a la realidad de la CMT que las causas de recusación de los jueces y magistrados y de los árbitros en general. Así, por ejemplo, no contempla la LOPJ como causa de recusación de los jueces y magistrados, la de tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar [art. 28.2, e) Ley 30/1992], causa que puede concurrir con frecuencia, puesto que los miembros del Consejo de la CMT son elegidos entre personas de reconocida competencia profesional en el sector (arts. 1.Tres. 1 LLT y 32 RCMT). No obstante, en aras del rigor técnico, el legislador debería haber establecido un catálogo específico de causas de recusación aplicables a los miembros del Consejo de la CMT, cuando éste ejerza su función arbitral.

Pero el problema más grave del régimen de recusación de los árbitros no radica en la norma que regula las causas de recusación, sino en la imposibilidad de su sustitución. El artículo 10 RCMT declara sin ambages que la sustitución de los árbitros “no será posible”. Aunque la literalidad de la norma no deja lugar a dudas, es incomprensible su significado. No se entiende cómo en un sistema arbitral en el que los contratantes no pueden designar a los árbitros, -lo que incrementa la eventual concurrencia de causas de recusación (art. 17.2 LA)-, no cabe tampoco la sustitución de los recusados.

Existen dos posibles interpretaciones al problemático art. 10 RCMT. Ambas igualmente insatisfactorias. En primer lugar, puede entenderse que el árbitro recusado ha de seguir en su posición y llegado el momento, votar y firmar el laudo. En segundo término, cabe interpretar que el árbitro recusado queda excluido del Colegio arbitral y no puede ni votar, ni firmar el laudo. La primera de las interpretaciones conduce a consecuencias absurdas. No sólo supone la

inutilidad de la recusación, sino también la anulabilidad del laudo. Éste nace viciado, vulnera el derecho a la tutela judicial (arbitral) efectiva y es susceptible de impugnación (arts. 18.2 y 45.2 LA)⁶⁶.

La segunda interpretación del precepto tampoco merece mejor valoración. Si los recusados no pueden ser sustituidos, es posible que la recusación convierta en par el número de integrantes del Colegio Arbitral, ocasionando un defecto en la composición del mismo (art. 13 LA), que o bien hace inviable el arbitraje, o bien puede dar lugar a la nulidad del laudo (art. 45.2º LA).

Estas situaciones se compadecen mal con las exigencias de tutela de los operadores y con sus posibilidades de elegir la vía arbitral como medio alternativo y equivalente al jurisdiccional para la resolución de conflictos *inter privados*.

Cualquiera que sea la interpretación del precepto, la imposibilidad de sustitución del recusado ha de conducir sin más a la ineficacia del convenio arbitral, quedando expedita la vía judicial para la resolución de la controversia (art. 38.2 LA, por analogía).

Con toda razón, el artículo 10 RCMT ha sido calificado de ilegal e inconstitucional⁶⁷. Vulnera el artículo 18.1 LA, que prevé expresamente la sustitución del árbitro recusado e infringe el derecho a la tutela judicial (arbitral) efectiva del art. 24.2 CE.

G) *El procedimiento arbitral.*

Conforme a la Ley 12/1997, el procedimiento arbitral se establecerá mediante Reglamento y se ajustará a los principios esenciales de audiencia,

⁶⁶ El TC ha entendido que el derecho a un juez imparcial forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 145/1988). Por su carácter de “equivalente jurisdiccional” (SSTC 43/1988, 15/1989, 62/1991 y 174/1995, entre otras), la misma apreciación puede extenderse al arbitraje (en este sentido *vid.* REGLERO CAMPOS, *El Arbitraje*, pág. 243; GASPAR LERA, S., *El Ámbito*, págs. 57 y 58).

⁶⁷ Cfr. MERINO MERCHÁN Y PÉREZ-UGENA, “Función arbitral...”, pág. 116.

libertad de prueba, contradicción e igualdad, y será indisponible para las partes. La Sección 3ª del Capítulo II del RCMT regula un procedimiento arbitral, básicamente equiparable al establecido en el Título IV de la Ley de Arbitraje.

No obstante, este procedimiento presenta algunas diferencias sustantivas en relación al procedimiento de la LA. En concreto, existe una importante diferencia en cuanto a los plazos. La Ley de Arbitraje no establece plazos determinados, salvo acuerdo de las partes (art. 25.1). Sin embargo, el RCMT menciona términos de obligado cumplimiento a menos que, excepcionalmente, la CMT acuerde su prórroga (art. 11.3 RCMT). Pero la principal diferencia no es ésta, sino la indisponibilidad por las partes de las normas reguladoras del procedimiento.

Los trámites del procedimiento arbitral son los siguientes:

1º) Iniciación del procedimiento mediante escrito firmado por el actor o su representante, expresando el nombre y el domicilio del reclamante y de aquel contra el que se dirige la reclamación, los hechos y fundamentos de derecho en que se funde, el contenido de la reclamación y, en su caso, la proposición de las pruebas que estime convenientes (art. 12 RCMT).

2º) Contestación por la otra parte en el plazo de diez días desde que se le remita copia de la reclamación, proponiendo a su vez las pruebas que estime convenientes (art. 13 RCMT). En dicha contestación, puede plantearse igualmente oposición al arbitraje por falta de competencia objetiva de la CMT⁶⁸, inexistencia de sumisión al arbitraje o nulidad o caducidad del convenio arbitral. Sólo la decisión desestimatoria de dicha oposición podrá ser impugnada al solicitarse la anulación judicial del laudo (art. 14 RCMT).

3º) Práctica de las pruebas propuestas por las partes y admitidas por la CMT en el plazo de diez días. A tal efecto, la CMT podrá solicitar la colaboración

⁶⁸ La falta de competencia objetiva de la CMT podrá ser apreciada de oficio por ésta, aunque no hubiese sido invocada por las partes.

de los órganos de la Administración General del Estado, que deberán prestarla con la mayor celeridad posible (art. 15.2 RCMT).

Una vez más, sorprende la presencia de elementos de Derecho público en el ejercicio de una función pretendidamente privada (*ex* arts. 1.Dos.2,a) LLT y 6.2 RCMT). Con carácter general, los árbitros pueden obtener auxilio jurisdiccional para la práctica de las pruebas (arts. 43 y 44 LA). Sin embargo, la CMT podrá solicitar la colaboración de los órganos de la Administración General del Estado. No resuelve el precepto si la CMT también puede recabar la colaboración de los órganos jurisdiccionales, o si por el contrario la norma especial del RCMT deroga la general de la LA. En mi opinión, si realmente se pretende dotar a la CMT de una función arbitral privada, cuya resolución final sea recurrible sólo ante la jurisdicción civil no tiene sentido limitar la colaboración a los órganos de la Administración General del Estado. Al contrario y en coherencia con la calificación de esta función como privada, ha de entenderse que en el ejercicio de esta función arbitral, la CMT *también* puede solicitar la colaboración de los órganos jurisdiccionales.

4º) Requerimiento a las partes para que formulen sus conclusiones en el plazo común de seis días, pudiendo la CMT, de oficio o a petición de las partes, acordar la celebración de vista oral (art. 16 RCMT).

5º) El laudo habrá de dictarse por escrito en el plazo de veinte días (art. 17.1 RCMT), con la conformidad de al menos cuatro de los miembros que constituyen la Comisión, -entiéndase como el Consejo de la misma-. Será firmado por éstos y se presumirá la conformidad con la decisión arbitral de quienes no lo firmen si no hacen constar por escrito su parecer discrepante (art. 17.3 RCMT).

Adviértase que existe cierta confusión en la regulación positiva del número de árbitros que han de firmar el laudo. El art. 17.3 RCMT establece expresamente que “no podrá dictarse el laudo arbitral sin la conformidad de, al menos, cuatro de los miembros que constituyen la Comisión”. Ello es coherente con el art. 32.1 RCMT, conforme al cual el Consejo se compone de un

Presidente, un Vicepresidente y cinco Consejeros. Sin embargo, el art. 1.Tres.2 LLT establece que el Consejo de la CMT estará compuesto por “un Presidente, un Vicepresidente y siete Consejeros”. Por ello, ha de entenderse que son cinco y no cuatro los Consejeros que han de votar y firmar el laudo.

El laudo será motivado con los fundamentos de hecho y de Derecho en que se sustente la decisión arbitral. Expresará las circunstancias de las partes, las cuestiones sometidas al arbitraje y una sumaria relación de las pruebas practicadas y de las alegaciones formuladas (art. 17.2 RCMT).

6º) El laudo se notificará a las partes por la Secretaría de la Comisión a través de cualquier medio que permita tener constancia de su recepción (art. 17.4). Dentro de los cinco días siguientes a la notificación del laudo cualquiera de las partes podrá pedir a la Comisión que corrija cualquier error de cálculo, de copia, tipográfico o similar, o que aclare algún concepto oscuro u omisión del laudo. La Comisión resolverá dentro de los diez días siguientes. Si en el plazo señalado no hubiese resuelto, se entenderá que deniega la petición (art. 17.5 RCMT).

7º) Los arbitrajes de la Comisión son gratuitos, sin perjuicio de satisfacer los gastos generados por la práctica de las pruebas (art. 18 RCMT).

H) El Laudo.

El acto por el cual la CMT resuelve un conflicto de interconexión en ejercicio de su función arbitral es un laudo y no un acto administrativo. Como cualquier laudo arbitral produce efectos de cosa juzgada (arts. 37 LA y 1.ocho LLT) y sólo puede ser impugnado judicialmente cuando concurren en él los motivos que justifican la interposición de los recursos de revisión y anulación (art. 45 LA).

El RCMT no se refiere a la necesidad de protocolización del laudo. La DA 1ª LA exime de la necesidad de protocolización a los laudos dictados en los arbitrajes especiales que enumera. Su carácter exhaustivo dificulta la ampliación de la exención a cualquier otro arbitraje especial. En principio, a falta de previsión

expresa, ha de regir la norma general que exige la protocolización del laudo (arts. 33.2 y 36.2 LA)⁶⁹. Con todo, creo que existe una identidad de razón entre los supuestos previstos por la norma y el arbitraje de la CMT que permite aplicar analógicamente las ventajas contempladas en ella⁷⁰. No hay duda respecto a la gratuidad del arbitraje, expresamente contemplada por el RCMT (art. 18). Respecto a la protocolización del laudo, entiendo que no es necesaria, ya que el Secretario de dicho órgano, en cuanto funcionario público da fe suficiente del laudo (art. 40 RCMT).

Ante el silencio de la normativa sectorial, el laudo se ejecutará conforme a las reglas de los artículos 52 a 55 de la Ley de Arbitraje.

⁶⁹ Sin perjuicio del carácter supletorio de la LA, la enumeración exhaustiva de ciertas leyes en la DA 1ª LA impide extender su contenido a otros arbitrajes especiales (cfr. ROJO AJURIA, L., “Comentario a la DA 1ª” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, págs. 917-927, concr. pág. 925, REGLERO CAMPOS, L.F., *El Arbitraje*, págs. 56 y 57 y MARÍN LÓPEZ, J.J., “Comentario al artículo 153 LPI”, pág. 2205).

⁷⁰ En favor de la aplicación extensiva del contenido de la DA 1ª LAU a otros arbitrajes especiales no previstos en la norma e introducidos en el ordenamiento con posterioridad a la misma cfr. GASPAR LERA, S., *El ámbito*, pág. 242.

3. FUNCIONES DEL JUEZ CIVIL EN RELACIÓN A LA INTERCONEXIÓN DE REDES Y SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES.

3.1. Justificación de la intervención del juez civil. Insuficiente tutela de los intereses privados por la CMT.

Al margen de su función arbitral (previsiblemente, de escasa utilización), a la CMT se le atribuye la función de resolución de conflictos derivados de la interpretación y ejecución de los acuerdos de interconexión (art. 25 LGT). Según se ha expuesto, esta función se ejercerá conforme a las normas de procedimiento administrativo y la resolución final será recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa. A diferencia de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, ni la LGT ni el RIN contienen referencia alguna a la intervención de la jurisdicción civil en materia de interconexión. Lo que, como trataré de argumentar, no es motivo suficiente para descartar la intervención judicial.

El artículo 13.1 de la Directiva 98/10 exige que además de los procedimientos de resolución de controversias ante las ANR, los operadores dispongan de mecanismos de acceso a los tribunales⁷¹. No se especifica qué orden jurisdiccional será el competente. Podría entenderse que esta exigencia queda suficientemente cumplida con la posibilidad de impugnación de las resoluciones

⁷¹ El citado artículo 13.1 de la Directiva 98/10/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 26-2-1998, sobre la aplicación de la oferta de red abierta (ONP) a la telefonía vocal y sobre el servicio universal de telecomunicaciones en un entorno competitivo (DO L 101/24, de 1-4-98) prevé: “Sin perjuicio del procedimiento de resolución de litigios a nivel nacional establecido en el apartado 1 del artículo 26, las autoridades nacionales de reglamentación contarán con procedimientos aplicables a aquellas situaciones en las que los organismos suministradores de redes públicas de telefonía fija y/o de servicios públicos de telefonía fija, o al menos, los organismos suministradores de servicios de telefonía vocal que tengan un peso significativo en el mercado o que hayan sido designados de conformidad con el artículo 5 y tengan un peso significativo en el mercado adopten medidas como la interrupción, terminación, variación importante o reducción de la disponibilidad de los servicios al menos para los organismos proveedores de redes y/o servicios de telecomunicaciones.

Las autoridades nacionales de reglamentación velarán porque estos procedimientos ofrezcan un proceso transparente de adopción de decisiones en el que se respeten debidamente los derechos de las partes. [...]

La presente disposición se entenderá sin perjuicio de los derechos de las partes a acudir a los tribunales”.

de la CMT ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Sin embargo, la estructura del citado artículo 13.1 invita a pensar en la configuración de la intervención de la jurisdicción civil como una alternativa a la actuación de la ANR. El precepto comienza exigiendo la articulación de procedimientos aplicables por las ANR a situaciones en las que los operadores indicados adopten medidas como la interrupción, terminación, variación importante o reducción de la disponibilidad de los servicios ofrecidos; seguidamente, establece los principios que regirán tales procedimientos (transparencia, audiencia de parte, motivación de la resolución y notificación a las partes) y por último, afirma que “la presente disposición se entenderá sin perjuicio de los derechos de las partes a acudir a los tribunales”. No creo que esta apelación a la intervención de los tribunales, lo sea a los efectos de controlar la legalidad de la resolución administrativa. En los ordenamientos constitucionales a los que se destina la Directiva, es nota común el control judicial de la actividad administrativa. Aunque nada dijera la Directiva, la eventual resolución emitida por una ANR sería susceptible de recurso ante la jurisdicción competente para conocer este tipo de recursos contra los actos administrativos. Creo que la Directiva se refiere en este caso al derecho de los operadores a plantear ante la jurisdicción civil los conflictos derivados de la relación de interconexión (v.gr. interrupción, terminación, variación importante de los servicios prestados, causación de daños...etc.).

El silencio de la legislación española sobre la intervención de la jurisdicción civil en materia de interconexión no puede interpretarse como una exclusión de la misma. La atribución a un órgano administrativo de una función de resolución de conflictos generados en las relaciones entre particulares no puede significar en modo alguno una exclusión de la intervención de la jurisdicción ordinaria⁷². En concreto, la atribución a la CMT de la facultad de “interpretar y

⁷² Cfr. DE CASTRO, “Notas...”, *ADC*, 1982, págs. 1003-1005. El autor analiza la articulación de competencias entre el TDC y los Tribunales civiles para declarar la nulidad de los acuerdos restrictivos de la competencia en el marco de la antigua Ley sobre Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia. El artículo 10 de la citada ley establecía: “La competencia del Tribunal será privativa en cuanto a las declaraciones e intimaciones previstas en esta ley”. La posición del profesor, apoyada en la propia jurisprudencia del TDC, puede resumirse en las siguientes palabras: “La Ley sobre Represión de las Prácticas Restrictivas de la

ejecutar” los acuerdos de interconexión (art. 25 LGT) no la convierte en una facultad privativa y exclusiva del ente administrativo. Ello por dos razones. En primer lugar, una ley ordinaria, como es la LGT, no puede derogar una norma con rango de Ley Orgánica, como es la LOPJ. Conforme ésta, corresponde a los órganos de la jurisdicción civil la resolución de conflictos “en materia de obligaciones contractuales” (art. 22.3º); en segundo término, como seguidamente se explicará, la resolución del conflicto por la CMT no satisface adecuadamente los intereses de los operadores en el cumplimiento correcto del vínculo obligatorio.

Sin perjuicio de las funciones de la CMT, también corresponde al juez civil el conocimiento de los conflictos privados derivados de la interconexión de redes y servicios públicos de telecomunicaciones.

La intervención de la CMT no podrá calificarse como requisito de procedibilidad, previo a la intervención del juez civil. Esto sólo es exigible cuando se recurre ante la jurisdicción contencioso-administrativa, dada la necesidad de agotar la vía administrativa previa. Pero nunca será necesario para solicitar el inicio de un procedimiento ante la jurisdicción ordinaria. Tampoco creo que, a salvo de las exigencias del principio de lealtad institucional y necesaria coordinación de la actuación de los poderes públicos, la sumisión de la cuestión al conocimiento de la CMT por la vía del artículo 25 LGT pueda ser suficiente para exceptuar la competencia judicial cuando se inicie un procedimiento civil por los mismos hechos.

Cosa distinta es que el operador u operadores decidan discrecionalmente que sea la CMT quien resuelva el conflicto sobre la interpretación y ejecución del acuerdo de interconexión. En la adopción de tal decisión influirá la especial cualificación de la CMT y su función reguladora sobre el sector, que permite a la

Competencia, no priva a los tribunales de lo civil de la facultad de declarar nulos aquellos convenios que los sean según las normas civiles aplicables. El Tribunal de Defensa de la Competencia ha cuidado de decir ‘que la declaración de nulidad de un contrato o convenio civil compete en principio a los tribunales ordinarios’, y respecto al mismo Tribunal, que en la jurisdicción especial que le es propia, ‘su alcance no puede determinarse con interpretación extensiva, sino limitada a los supuestos que determinaron su establecimiento’” (pág. 1006).

Comisión emitir actos ejecutivos y vinculantes para los operadores de telecomunicaciones, incluso a título de protección cautelar (arts. 1.Seis LLT y art. 31 RCMT), cuya infracción está expresamente sancionada (art. 79.15 LGT).

Con todo, *la intervención de la CMT no será suficiente para tutelar el interés subjetivo del operador*. Como se ha expuesto, las facultades de la CMT se encuentran limitadas para tutelar el interés privado en la interconexión⁷³. Podrá imponer deberes de hacer, no hacer o soportar cuyo incumplimiento es sancionable. El operador verá entonces satisfecho su interés en el cumplimiento (específico) de la prestación objeto de la obligación. Pero no encontrarán satisfacción por esta vía otros intereses del operador, tales como el interés en obtener un cumplimiento por equivalente (art. 1098 y 1099 CC), en los casos en los que ello sea posible⁷⁴; el interés en el pago de lo adeudado por la prestación de servicios de interconexión (arts. 1157 y ss CC); el interés en declarar resuelto el vínculo contractual, en caso de incumplimiento grave de la contraparte (art. 1124 CC); o el interés en no sufrir daños derivados del incumplimiento de la prestación de interconexión (total, fuera de plazo o defectuoso) y en obtener la correspondiente reparación, si es que estos se produjeran (art. 1101 y 1124 CC).

En *conclusión*, el artículo 25 de la LGT sólo atribuye a la CMT una potestad pública de intervenir en los conflictos relativos a la ejecución e interpretación de los acuerdos de interconexión. Ello ni supone una derogación de la competencia del juez civil para conocer de los mismos conflictos (art. 9.2 LOPJ), ni tampoco la atribución a la CMT de facultades sobre la declaración de un incumplimiento contractual, la resolución del contrato, la reclamación de las cantidades adeudadas o el resarcimiento de los daños derivados del incumplimiento. Las competencias atribuidas a la CMT no pueden privar a los particulares de su derecho a exigir la tutela judicial de sus legítimas pretensiones frente a otro particular (art. 24 CE y art. 5 Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil). A la CMT se encomienda la tutela del interés público en la interconexión, pero los intereses particulares de los operadores únicamente quedan adecuadamente

⁷³ V. *supra* epgr.2.1.C).

⁷⁴ Sobre la viabilidad del cumplimiento por equivalente de la prestación de interconexión v. *infra* epgr. 3.4, apdo. E.2

protegidos si se admite la intervención del juez civil. Sólo él puede declarar la nulidad civil del acuerdo, la resolución del vínculo obligatorio por incumplimiento de alguno de los operadores o satisfacer una pretensión resarcitoria por incumplimiento del tenor de la obligación. Y todo ello con eficacia civil *erga omnes*.

En los epígrafes siguientes se examinan las distintas intervenciones del juez ordinario respecto a la relación jurídico-privada de interconexión. Se pueden someter a su conocimiento los conflictos relativos al acuerdo o resolución considerados como actos de los que nace la obligación de interconexión- (fuentes inmediatas de la obligación)(*infra* 3.3) o los conflictos relativos a la interpretación y ejecución del acuerdo o la resolución considerados como reglas que regulan la relación jurídico-privada de interconexión (*infra* 3.4). Pero también el juez civil puede conocer de las pretensiones privadas de tutela de derechos o intereses anteriores a la celebración del acuerdo de interconexión o de la emisión por la CMT de la resolución en la que exige la interconexión efectiva y en su caso, impone las condiciones de la misma (*infra* 3.2).

3.2. Intervención del juez civil antes de la celebración del acuerdo de interconexión o de la emisión del acto administrativo que exige la interconexión efectiva⁷⁵.

En esta fase, corresponde al juez civil el conocimiento de las siguientes acciones: A) Acción de cumplimiento de la obligación de celebrar acuerdos de interconexión, en los supuestos en los que ésta exista (precontrato y Derecho de la competencia) y en su caso, de resarcimiento por los daños derivados de su incumplimiento; B) Acción de resarcimiento de los daños por culpa *in contrahendo*. Además, cabe reflexionar sobre las facultades integradoras del juez, cuando las partes hayan alcanzado acuerdos parciales, habiendo fracasado la negociación del Acuerdo General de Interconexión.

⁷⁵ Aunque el objeto principal de estudio de este capítulo es la resolución de conflictos derivados de la relación de interconexión, creada por el acuerdo de los operadores o la resolución de la CMT, por razones sistemáticas, creo que es éste el lugar adecuado para explicar las atribuciones del juez civil en relación a las controversias referentes a la interconexión de redes públicas de telecomunicaciones surgidas antes de que exista un acuerdo o resolución, que especifique los deberes de interconexión de cada uno de los operadores.

A) *Acción de cumplimiento de la obligación de celebrar acuerdos de interconexión, en los supuestos en los que ésta exista. Resarcimiento de los daños derivados de su incumplimiento.*

En reiteradas ocasiones a lo largo de este estudio, he insistido en la inexistencia de una obligación de contratar interconexión derivada de la legislación de telecomunicaciones. Para todos los operadores (incluidos los operadores dominantes), la celebración de acuerdos de interconexión es sólo uno de los instrumentos a través de los cuales es posible cumplir el deber genérico de proveer y soportar la interconexión de las propias redes con las de un tercero (art. 22.1 LGT). La obligación impuesta a los operadores por la legislación sectorial consiste en facilitar la interconexión *cuando exista un acuerdo o una resolución de la CMT, que concreten los respectivos deberes de interconexión.*

La ausencia de una obligación de contratar tiene importantes consecuencias prácticas para delimitar la intervención del juez civil. Éste no puede reconocer la pretensión de cumplimiento de deberes de interconexión en tanto no exista un acuerdo de interconexión o una resolución de la CMT, que exija la interconexión y en su caso, determine sus condiciones.

La regla general que acaba de formularse presenta *dos excepciones*. Por un lado, el juez civil puede reconocer una pretensión de cumplimiento de deberes de interconexión, cuando los operadores hayan alcanzado un *precontrato*. Por otra parte, el juez puede obligar a la celebración de acuerdos de interconexión, cuando la negativa a contratar infrinja las *normas de competencia*.

A.1. *Precontrato*⁷⁶.

No es este el lugar adecuado para analizar este concepto de difícil definición, del que la doctrina y la jurisprudencia se han ocupado en reiteradas

⁷⁶ La cita de la figura del precontrato como fuente constitutiva de la obligación de celebrar acuerdos de interconexión no significa que se ignore la polémica doctrinal y jurisprudencial sobre su naturaleza jurídica y se opte por una de las tesis, en detrimento de las demás. Una opción de este tipo exige alguna reflexión, que se realiza en las líneas que siguen.

ocasiones sin llegar a conclusiones definitivas⁷⁷. Me limitaré aquí a exponer las implicaciones de esta figura en relación a los acuerdos de interconexión.

Los problemas derivados de la figura del precontrato son especialmente relevantes en el ámbito de la negociación de acuerdos de interconexión. Por lo común, el AGI es el resultado final de un proceso de negociación no exento de dificultades, que se va concretando en acuerdos parciales. Las implicaciones de la figura del precontrato en este ámbito son las siguientes:

⁷⁷ En síntesis, las teorías acerca del precontrato se pueden estructurar en cuatro posiciones: a) Las que consideran el precontrato como un *mero trato preliminar* de contenido incompleto o acuerdo de objeto indeterminado, del que sólo nace la obligación de seguir negociando de buena fe, o, en otros términos de cooperar en el desenvolvimiento de las bases establecidas en el proyecto de contrato. Si alguna de las partes precontractuales se aparta de la negociación, es posible pretender la condena al cumplimiento del deber de negociar y en su defecto, exigir el resarcimiento de los daños por culpa *in contrahendo* [Cfr. SSTs de 5-10-1961 (RJ 3284) y de 4-7-1991 (RJ 5325)]; b) Las que entienden que la promesa (bilateral o recíproca) de celebrar un contrato es una *prestación de hacer susceptible de ejecución forzosa*, siempre que en ella estén suficientemente determinados los elementos del futuro contrato. En esta concepción, el apartamiento de la “negociación” por una de las partes precontractuales legitima a la otra para ejercer una acción de cumplimiento de la prestación de hacer consistente en la emisión del consentimiento contractual. Esta prestación es de ejecución fungible y como tal, el juez puede suplir la voluntad del incumplidor [SSTs de 11-11-1943 (RJ 1170); 16-10-1965 (RJ 4468); 26-3-1965 (RJ 1481); 22-10-1987 (RJ 464); 3-3-1992 (RJ 2156); 3-6-1994 (RJ 4576); 23-12-1995 (RJ 9396); 11-6-1998 (RJ 547); 11-5-1999 (RJ 3104)]; c) Las que consideran *supreflúa la categoría del precontrato*. Si han quedado suficientemente determinados los elementos del acuerdo final, éste ya existe. El apartamiento de la “negociación” se concibe como un incumplimiento contractual, de modo que el perjudicado puede ejercer una acción de cumplimiento de las prestaciones específicas de dar, hacer o no hacer que derivan del contrato proyectado (no de la prestación de emisión del consentimiento contractual, que es personalísima y de ejecución infungible) [SSTs de 9-7-1940 (RJ 691); 1-7-1950 (RJ 1187); 7-2-1966 (RJ 793); 1-6-1966 (RJ 2848); 8-7-1993; 4-7-1991 (RJ 5325); 30-1-1998 (RJ 353)]; c) por último, también existen *posiciones eclécticas* que distinguen entre “precontrato perfecto” y “precontrato imperfecto”. La diferencia entre uno y otro radica en el grado de determinación de sus elementos. En ambos existe una voluntad de las partes de obligarse contractualmente, rasgo que les diferencia de los meros tratos preliminares. Pero mientras que el precontrato perfecto es equiparable al contrato definitivo y de él nace una pretensión de cumplimiento de las prestaciones derivadas del futuro contrato, el precontrato imperfecto carece de un grado de determinación que permita su ejecución. El “objeto principal” del precontrato imperfecto ha quedado fijado, pero está insuficientemente determinado, de modo que no es posible la ejecución del contrato sin haber precisado previamente sus términos. Su incumplimiento genera una obligación de indemnizar distinta de la derivada del apartamiento de los tratos preliminares (v. CAVANILLAS MÚGICA, S. establece una nítida diferencia entre ambos regímenes de responsabilidad. Ésta radica no sólo en el acto ilícito que causa el daño, también en el interés indemnizable. El acto ilícito es la creación dolosa o culpable de una expectativa falsa de obtener un contrato, en los tratos preliminares, o el mero desistimiento del contrato proyectado, en el precontrato imperfecto; el interés indemnizable es el interés de confianza (gastos realizados en atención al contrato), para la ruptura de tratos y el interés de cumplimiento (beneficio que se esperaba obtener del contrato proyectado), para el desistimiento del precontrato (“Comentario a la STS de 11-4-2000”, CCJC 54, págs. 1141-1162).

i) Si los operadores inmersos en un proceso de negociación de un AGI han definido ya todos los elementos del futuro acuerdo, faltando sólo la declaración de voluntad expresa de que los acuerdos parciales constituyen el AGI definitivo (“precontrato perfecto”), la negativa a emitir la declaración de voluntad definitiva constituye un incumplimiento contractual. El perjudicado puede pretender ante la jurisdicción civil no sólo la emisión de la declaración de voluntad *ex art. 708 LEC* (lo que, a mi juicio, constituiría un *circuitus inutilis*), sino también el cumplimiento de las prestaciones derivadas del AGI. Dicho de otro modo, en este estado de la negociación, el desistimiento del contrato proyectado por alguno de los operadores ha de interpretarse como un incumplimiento contractual. Naturalmente, tal incumplimiento legitima al otro operador para exigir la ejecución forzosa de las prestaciones de dar, hacer o no hacer derivadas del acuerdo de interconexión; la resolución del contrato por incumplimiento contractual y en su caso, la indemnización por los daños ocasionados (responsabilidad contractual).

Obsérvese que lo afirmado no significa que se atribuyan al juez facultades de integración heterónoma de la voluntad incompleta de las partes, cuando éstas hayan alcanzado acuerdos parciales y mantengan el disenso sobre el acuerdo definitivo. No se atribuyen al juez facultades de este tipo⁷⁸. En el supuesto ahora examinado existen acuerdos parciales, en los que los operadores ya han definido suficientemente los elementos del futuro acuerdo, de modo que es posible llevar a cabo el cumplimiento sin necesidad de nuevo acuerdo. Pero, no por disenso, sino por otra razón (v.gr. intentos de lograr acuerdos con terceros con la pretensión de renunciar al contrato proyectado, si se obtienen otras alternativas contractuales más ventajosas; subordinación de la perfección del definitivo acuerdo a la ampliación del ámbito del título habilitante por la CMT, habiéndose cumplido la condición suspensiva), uno de los operadores pospone en el tiempo la elevación de los acuerdos parciales a Acuerdo General de Interconexión definitivo.

Por otra parte, cuando se habla de consenso sobre *todos* los elementos del futuro Acuerdo ha de entenderse en el sentido de “todos los elementos, que los

⁷⁸

Cfr. *infra* apdo. B.

operadores quieren reglamentar conforme a su autonomía privada, no estando dispuestos a dejar la determinación de los mismos a una reglamentación heterónoma”. Si el acuerdo de los operadores se limita a definir los servicios de interconexión que se han de prestar, aceptando la fijación de los demás elementos (precio, número de puntos de interconexión, condiciones técnicas...etc) por medio de instrumentos de integración (normas dispositivas, OIR del operador dominante, usos del tráfico...etc) y no existiendo entre ellos disenso sobre ningún extremo de la negociación, hay acuerdo de interconexión en el sentido arriba indicado. El juez civil podrá integrar la voluntad incompleta de las partes con los instrumentos interpretativos e integradores que ofrece el CC (arts. 1258 y 1281 a 1289 CC) y exigir el cumplimiento de las prestaciones derivadas del Acuerdo. Por el contrario, si las partes han llegado a acuerdos parciales pero mantienen el disenso sobre algún elemento del acuerdo, por nimio o insignificante que éste sea, no existe un precontrato en el sentido aquí explicado. El juez no ha de estimar ni la pretensión de emisión de una declaración de voluntad, ni la de cumplimiento de las prestaciones derivadas del acuerdo.

Esta convicción acerca de la exigibilidad del Acuerdo General de Interconexión cuando existan acuerdos parciales, que definan los elementos del mismo, encuentra un obstáculo en la STS de 14-10-1996 (RJ 7560). Aunque no se formula como regla general, la sentencia deja entrever que tratándose de un contrato que *normalmente se celebra por escrito*, ni los consentimientos verbales ya prestados, ni los consentimientos escritos parciales constituyen compromisos vinculantes, pues no existe contrato como unidad hasta el cierre completo de la operación en un documento escrito definitivo. El acuerdo de interconexión es de este tipo. Para su validez no se requiere forma escrita⁷⁹, pero lo normal es que se formalice en un documento escrito que se comunica a la CMT, para que ésta lo ponga a disposición de terceros interesados, salvo en lo que se refiere al secreto comercial e industrial (art. 22.6 LGT). Con todo, creo que el obstáculo no es insalvable.

⁷⁹ En su Resolución de 27-7-2000, por la que se resuelve el conflicto de interconexión abierto a solicitud de Lince Telecomunicaciones S.A, la CMT manifiesta que la “formalización del acuerdo no es más que una forma de exteriorizar un contrato ya perfeccionado anteriormente, desde el momento en que concurren las voluntades [...]” Por lo que, “en la formalización no cabe modificar la voluntad inicial de las partes, a menos que las partes así quieran acordarlo”(FD 3º).

Si la negociación hubiera avanzado hasta el punto de que los únicos elementos que restan para la conclusión de un AGI es la manifestación por los operadores de que los acuerdos parciales celebrados hasta el momento, constituyen el AGI y la subsiguiente formalización escrita de esta última declaración, no hay razones suficientes para entender que no existe, ya desde antes de la expresión escrita de esa voluntad, un acuerdo definitivo. El apartamiento de la “negociación” en este punto ha de ser interpretado como un desistimiento de un contrato ya existente. Por lo que se han de reconocer al perjudicado las acciones propias de la existencia del contrato definitivo (de cumplimiento, de resolución y/o de indemnización).

En los Tribunales existe una “especial sensibilidad” a acceder a estas pretensiones, cuando el demandante hubiera iniciado de buena fe la ejecución de las prestaciones que le corresponden en el contrato definitivo (ej. habilitación de puntos de interconexión, adaptación de locales para proveer la coubicación de equipos, realización de pruebas...etc) [v.gr. STS 2-12-1995 (RJ 9156)]. Pero aunque no se haya iniciado la ejecución, también cabe la estimación de las pretensiones basadas en la existencia del Acuerdo. El hecho de que los acuerdos de interconexión se expresen normalmente por escrito, implica un agravamiento de la carga de la prueba para el perjudicado por el incumplimiento. Corresponde al que exija el cumplimiento, alegando la existencia del Acuerdo, probar que las negociaciones han avanzado hasta el punto de haber obtenido ya el AGI, que los operadores habían concebido como proyecto global al iniciar la negociación.

En *conclusión*, desde la perspectiva del Derecho privado, la falta de documentación escrita del AGI, habiéndose logrado ya los acuerdos parciales que determinan los elementos del contrato definitivo, sólo implica un agravamiento de la carga de la prueba para el operador que exige ante la jurisdicción civil el cumplimiento de las prestaciones derivadas del contrato definitivo.

También desde la perspectiva del Derecho público, la ausencia de documentación escrita del AGI constituye a los operadores en la carga de probar ante la CMT la existencia del mismo, so pena de sufrir la reglamentación heterónoma impuesta en un acto administrativo en el que se exija la interconexión y en su caso, se fijen las condiciones de la

misma (art. 22.3 LGT)⁸⁰.

ii) Si los operadores han definido el objeto principal del acuerdo pero han acordado la necesaria determinación de éste por medio de un acuerdo posterior, sin el cual no es posible la ejecución del contrato proyectado (“precontrato imperfecto”), el desistimiento por uno de los operadores legitima al otro para el ejercicio de una pretensión indemnizatoria (art. 708.2.II LEC). No ocultaré las dudas que me suscita tanto la existencia de esta figura como la eficacia de la misma, en cuanto categoría diferenciada de los meros tratos preliminares⁸¹. Probablemente, se trate de una cuestión de matices sólo visualizables a la luz del caso concreto y en atención a la concurrencia de una firme voluntad de las partes de obligarse en el futuro acuerdo que resulte a partir del acuerdo inicial⁸².

A.2. Obligación de contratar derivada del Derecho de la competencia.

Cuando se analizaron las normas de competencia como fuentes de la obligación de celebrar acuerdos de interconexión se expusieron con detalle los supuestos en los que el Derecho de la competencia (no el de las telecomunicaciones) impone una obligación de contratar interconexión con cualquier operador que lo solicite⁸³. Esta obligación existe para los operadores en posición de dominio (según el Derecho de la competencia), siempre que la

⁸⁰ Salvo error u omisión por mi parte, hasta el momento no se ha dado ningún caso en el que el Acuerdo definitivo no se haya documentado. No creo que la mera falta de documentación del Acuerdo y su subsiguiente falta de comunicación a la CMT constituya un incumplimiento de obligaciones en materia de interconexión tipificado por el artículo 79.10 LGT. En mi opinión, tal comportamiento sólo constituirá una infracción en caso de que las partes se nieguen a comunicar el Acuerdo a la CMT, cuando ésta lo haya expresamente requerido y esta negativa sea reiterada (art. 79.17 LGT).

⁸¹ A favor de su existencia cfr. CAVANILLAS MÚGICA, “Comentario a STS 11-4-2000”, *CCJC*, núm. 54, págs. 1141-1162.

⁸² Por ejemplo, si las partes han acordado la prestación de servicios de interconexión de acceso y tránsito, aceptando que el tipo de llamadas a las que se aplica (metropolitanas, provinciales, interprovinciales o internacionales) ha de concretarse en un acuerdo posterior, resulta difícil calificar este acuerdo previo como mero acuerdo de intenciones (por la indefinición de su objeto) o como precontrato (imperfecto), por la imposibilidad de ejecución dada la falta de determinación del objeto.

⁸³ Cap. II, epgr. 5.3.

denegación injustificada constituya un abuso de su posición dominante [arts. 82 TUE y 6.2.c) LDC]. El incumplimiento de estas obligaciones, es decir, la negativa a celebrar acuerdos de interconexión en los supuestos en que lo exijan las normas de competencia constituye un ilícito competencial. Éste puede ser calificado como un abuso de posición de dominio (por aplicación de la doctrina de las “facilidades esenciales) o explotación abusiva de una situación de dependencia económica o como mero acto de deslealtad competencial (arts. 15.2 y 16.2 LCD), en función de que la infracción perjudique la competencia en el mercado, entendida como bien de interés general, o que sólo lesione la posición competencial de un operador, entendida como situación jurídico-patrimonial individualizada.

La negativa a contratar en los supuestos en los que exista esta obligación de facilitar interconexión (“a primer requerimiento”) constituye un ilícito competencial. Las sanciones jurídico-públicas derivadas de la infracción de las normas de competencia se prevén en los arts. 9 a 11 LDC y 15 Reglamento 17/62⁸⁴. Corresponde al TDC o a la Comisión Europea la imposición de las mismas [arts. 51 bis LDC, 1.dos.2.f) Ley 12/1997, ambos en redacción dada por Ley 52/1999 y DA 7ª LGT y art. 85 TUE (antiguo art. 89 TCEE)]. Estos órganos administrativos también pueden imponer obligaciones de hacer o de no hacer [art. 46.2 b) LDC y art. 3 Reglamento 17/1962]⁸⁵.

Pero la comisión de un ilícito competencial también justifica la imposición de sanciones civiles (nulidad de contrato, acción de resarcimiento...etc.). La imposición de las sanciones de este tipo corresponde a los órganos de la jurisdicción civil. No profundizaré aquí en el estudio de esta cuestión. Me limitaré a adelantar que *el juez civil puede intimar a un operador a que celebre con otro un contrato de interconexión, siempre que la negativa infrinja las normas de competencia* (cfr. STS 2-6-2000, FJ 6º, apdo. E). Dicho de otro modo, cuando del Derecho de la competencia derive una obligación de celebrar acuerdos de

⁸⁴ Reglamento núm. 17 del Consejo, de 6-2-1962, de aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado (DO 13, p. 204).

⁸⁵ Excede del ámbito de este trabajo el análisis de la aplicación de las normas de competencia por órganos administrativos (TDC y Comisión). Para ello, me remito la obra de CASES PALLARES, L., *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*. Escola d'Administració Pública de Catalunya y Marcial Pons. Madrid, 1995.

interconexión, el operador perjudicado por la negativa puede ejercer ante la jurisdicción civil una pretensión de cumplimiento de un *facere* (art. 709 LEC) y una acción de resarcimiento de los daños derivados de la comisión de un ilícito competencial (art. 13.2 LDC).

B) Acuerdos parciales y facultades de integración del contenido contractual

En relación al acuerdo de interconexión (naturalmente, no a la resolución de la CMT), cabe cuestionarse si el juez civil dispone en algún caso de facultades de integración del contenido contractual.

La cuestión tiene especial significación cuando se negocia la interconexión con un operador dominante. Éste dispone de una OIR, aprobada por la Administración (arts. 28 LGT, 11 y 12 RIN), en la que se contiene un elenco de los elementos de los futuros acuerdos generales de interconexión, que celebre dicho operador. La OIR constituye una fuente cualificada de integración. No es *per se* una fuente de integración, pero sí puede ser utilizada como tal cuando su contenido venga formado por las normas que constituyen las fuentes de integración del contrato (art. 1258). En otros términos, cuando su contenido sea válido conforme a las normas legales, consuetudinarias y derivadas de la buena fe⁸⁶.

Sin perjuicio de su calificación como Derecho imperativo de iniciativa privada o Derecho imperativo relativo, la OIR puede ser encuadrada como “ley” (dispositiva) en la clasificación de las fuentes de integración realizada por el art. 1258 CC. Ello en cuanto es aprobada mediante una norma jurídica y su contenido puede ser modificado por común acuerdo de los operadores. Pero aun si se rechaza esta calificación de la OIR como Derecho dispositivo, habrá de aceptarse su eficacia integradora en cuanto “uso” en el tráfico contractual de interconexión. Independientemente de que la OIR sea calificada como Derecho dispositivo o como uso, lo cierto es que cuando se atribuyan al juez facultades de integración de los contratos de interconexión, utilizará la OIR del operador dominante como instrumento de integración de la regulación contractual. Esto quiere decir que si los operadores pactan los elementos esenciales del acuerdo de interconexión, el juez civil puede completar la regulación de los extremos no pactados con las condiciones de la OIR, salvo que ésta no se adapte al contrato efectivamente celebrado (v.gr. su aplicación ocasiona un desequilibrio injustificado

⁸⁶

Cfr. ALFARO, *Las Condiciones Generales de la Contratación*, págs 104 y 105.

entre las contraprestaciones de los operadores, por no ser dominante ninguno de ellos), en cuyo caso, las condiciones de interconexión serán las que determine el juez tras una valoración equilibrada de los intereses de ambas partes (integración del contrato de acuerdo con la buena fe)⁸⁷.

Si los operadores no han logrado ningún acuerdo respecto a la interconexión de sus redes, no hay inconveniente en afirmar que la *facultad de integración está vetada al juez*. En tal supuesto, sólo la CMT puede exigir la interconexión efectiva (art. 22.3). Salvo que concurren las circunstancias exigidas por el Derecho de la Competencia, no hay obligación de contratar y por tanto, ninguna pretensión cabe ejercer ante el juez civil. *Éste no puede suplantarse con discrecionalidad técnica la facultad de exigir la interconexión efectiva y en su caso, establecer condiciones a la misma, pues ambas facultades se atribuyen a la CMT en exclusiva* (art. 22.3 LGT).

El problema se plantea cuando los operadores han avanzado en la negociación del AGI, habiendo alcanzado *acuerdos parciales, sin lograr el consenso definitivo sobre el acuerdo global*. Surgen interrogantes sobre el valor de esos acuerdos, que están en el propósito de las partes en cuanto integrantes de un acuerdo global, que es el que satisface su común interés en la interconexión. En particular, puede cuestionarse si en aquellos supuestos en los que los operadores han alcanzado el consenso sobre elementos esenciales del contrato (v.gr. servicios de interconexión y precio) y mantienen un disenso sobre otros elementos (v.gr. número de puntos de interconexión, derechos de ubicación de equipos, intercambio de información a efectos de facturación...etc.), el apartamiento de la negociación por alguno de los operadores permite al otro ejercer una pretensión de cumplimiento del contrato considerado en su totalidad, solicitando al juez la integración de los elementos no negociados, y/o una pretensión de indemnización por el incumplimiento del contrato en su conjunto (incluyendo los extremos aún no negociados).

No existen razones que justifiquen la no aplicación o la excepción en este ámbito del *principio de integridad de la contratación* (arts. 1254 y 1255 CC). El acuerdo de interconexión, -como cualquier otro contrato-, existe cuando concurren

⁸⁷ Vid. ALFARO, *Las Condiciones Generales de la Contratación*, pág. 82 y con mayor detalle, pág. 360.

la oferta y la aceptación de los contratantes no sólo sobre los elementos esenciales del contrato, sino sobre cualquier otro elemento que, según la voluntad de los contratantes, deba formar parte de la reglamentación contractual. Todo pacto, cláusula o condición no contrario a las leyes, la moral o el orden público, que las partes tengan por conveniente establecer al configurar los términos en los que se obligan a dar alguna cosa o prestar algún servicio, forma parte del contrato. Y lo hace en pie de igualdad con los pactos, cláusulas o condiciones referentes a los elementos esenciales. Esto significa que, en caso de apartamiento de la negociación de alguno de los operadores, *el juez carece de facultades de integración*. Si existe disenso sobre determinados elementos del acuerdo (esenciales o no) y salvo que los contratantes hayan iniciado la ejecución de la reglamentación incompleta, el juez no puede suplantar la autonomía privada de los operadores, sin que ello constituya una limitación injustificada de su libertad negociadora (art. 1255 CC y 22.2 LGT)⁸⁸.

La integración del contrato con elementos ajenos a la autonomía privada sólo procede cuando el consenso alcanzado por los contratantes sobre el contrato, considerado en su conjunto y conforme fue proyectado, permite al juez fijar los extremos que han quedado pendientes mediante una interpretación integradora de la regulación contractual o con los criterios de integración del art. 1258 CC (Derecho dispositivo, los usos o la buena fe). Esto ocurre en los supuestos en los que los contratantes hayan remitido la determinación de un elemento (esencial o no) a un tercero (que no es la CMT, cuando ejerce funciones públicas⁸⁹) o a una norma dispositiva, bien expresamente o bien mediante la no regulación del elemento en cuestión. *Sólo por voluntad de estos contratantes, manifestada expresa o tácitamente, puede la relación contractual ser heterónomamente integrada.*

En caso de disenso o ausencia de acuerdo sobre algún extremo del contrato considerado en su conjunto, tal y como fue proyectado, sólo se atribuyen facultades de integración al juez cuando los contratantes proceden a la ejecución

⁸⁸ Vid. FLUME, *El negocio*, págs. 736-739.

⁸⁹ V. *supra* Capítulo III, epígr 3.2, apdo. A).

del contrato aún no completamente regulado, siendo conscientes del carácter incompleto de la reglamentación⁹⁰.

No obstante, no siempre la ejecución material del acuerdo parcial (v.gr. despliegue de los puntos de interconexión según lo acordado en un acuerdo parcial) equivale a la ejecución del contrato global incompleto a efectos de justificar la integración judicial de su contenido. Para que ello sea así, es necesario que exista una expectativa razonable de lograr el acuerdo definitivo fundada en el comportamiento del otro contratante. Si la aptitud de éste no es suficiente para crear dicha expectativa razonable, la ejecución del contrato parcial ha de ser interpretada como un exceso de confianza en el buen fin de la negociación. En tal caso, la ejecución del acuerdo parcial no justifica la integración judicial de la regulación contractual incompleta y controvertida, sino que constituye un anticipo de los efectos del futuro contrato por voluntad de uno de los contratantes, quien asume el riesgo de la perpetuación del disenso o fracaso de la negociación.

La sentencia del TS de 8-3-1998, Sala 6ª (RJ 2372) contiene esta doctrina que niega al juez facultades integradoras cuando, habiendo alcanzado acuerdos parciales, los contratantes mantienen el disenso sobre el acuerdo final. El TS se pronuncia sobre el valor de los acuerdos parciales adoptados en un proceso de negociación colectiva en el sector aéreo. Según el Tribunal, la obligación de negociar de buena fe (art. 7 CC y 89 ET) no habilita a los jueces para suplantar la voluntad privada e integrar el contenido contractual, cuando las partes no hayan consentido la celebración del acuerdo global, habiendo logrado sólo consensos parciales⁹¹.

Las reglas que acaban de formularse respecto a la atribución al juez de

⁹⁰ Cfr. FLUME, *El negocio*, págs. 737 y 738.

⁹¹ Dicha sentencia parece contradecir la STS de 5-7-1940 (RJ 684). En ella, el TS entendió que, habiéndose convenido los requisitos esenciales, pueden los otros requisitos de constitución de una sociedad limitada ser suplidos conforme a las disposiciones legales aplicables, cuando sea pretendido el cumplimiento o ejecución del acuerdo. No obstante, más que contener una regla general, parece que la solución de la sentencia se orienta estrictamente al caso concreto, en el que los elementos ya acordados configuraban un acuerdo global (las partes ya habían pactado todos los elementos esenciales del contrato, y lo demás, o se integraba conforme a Derecho, o no era necesario para la constitución de la sociedad conforme al Ccom). Confirma esta sospecha la STS de 9-7-1940 (RJ 691) en la que el Tribunal considera que el pacto para contraer en el futuro una determinada sociedad mercantil es un *pactum de contrahendo*, “cuya función esencial consiste en ligar a las partes para la conclusión de un futuro contrato, pero que precisamente por este carácter ni tiene otro objeto que el de vislumbrar la voluntad a la celebración de una convención ulterior, sin posibilidad de identificación con el contrato definitivo, ni en él se engendra otra obligación que la de prestar a su tiempo el consentimiento, ni su incumplimiento puede producir otro efecto que el de un resarcimiento de perjuicios”.

facultades de integración en función de que exista *consenso o disenso* sobre los elementos del AGI, son también válidas para los Acuerdos basados en la OIR del operador dominante. La aceptación de la OIR por el operador solicitante de interconexión no es sinónimo de aceptación por los operadores de la integración de la relación contractual con elementos ajenos a su autonomía. *Que la OIR pueda ser utilizada por el juez como un elemento de integración de la relación contractual depende de que exista acuerdo o disenso entre los contratantes respecto a la reglamentación contractual de la relación de interconexión.*

La aceptación de la OIR es el presupuesto requerido para que las condiciones fijadas por ésta integren el contenido del AGI. Aceptada la OIR por el solicitante de interconexión, los operadores pueden, *de mutuo acuerdo, negociar condiciones distintas a las predispuestas en ella* (siempre que ello no conlleve un trato desigual contrario al principio de no discriminación). En este caso, por más que se hayan acordado algunos elementos del AGI, en tanto los contratantes no alcancen el consenso sobre todos los extremos, que figuran en su proyecto de AGI, no puede afirmarse que exista dicho Acuerdo. En tales circunstancias, no cabe la integración contractual. Ello constituye una vulneración injustificada de la libertad contractual de los operadores.

En ausencia de acuerdo de los operadores (disenso sobre el AGI), únicamente la CMT está habilitada para exigir la interconexión efectiva y en su caso, establecer las condiciones de la misma (art. 22.3 LGT). Generalmente, las condiciones así fijadas reproducen las previstas en la OIR, aceptada por el solicitante⁹². En estos casos, las condiciones de la OIR integran la relación de interconexión no por voluntad de las partes, sino por la eficacia vinculante y fuerza ejecutiva del acto administrativo que las contiene. Antes de la intervención administrativa y por la mera aceptación de la OIR por el solicitante, el juez civil no puede acceder a una pretensión de cumplimiento del Acuerdo General de Interconexión, integrando los elementos sobre los que existe discrepancia con lo predispuesto en la OIR. El disenso entre los operadores impide aceptar la

⁹² Vid. Capítulo II, epígrafe 2, acepción 5ª, donde se citan varias resoluciones de la CMT que sirven como ejemplo de lo que se afirma en el texto.

intervención del juez. Admitir la facultad del juez de exigir el cumplimiento de la prestación de interconexión en los términos de la OIR, aunque las partes mantengan discrepancias sobre alguno de los elementos del Acuerdo General de Interconexión, implicaría no sólo vulnerar injustificadamente la libertad negociadora de los operadores, sino también privar a la CMT de las funciones que la legislación sectorial le atribuye con carácter privativo. A saber, la función de exigir la interconexión efectiva e imponer condiciones a la misma, en ausencia de acuerdo entre los operadores (art. 22.3 LGT), y la de limitar el deber genérico de interconexión en los casos en los que esté justificado por la escasez de recursos y la existencia de otras alternativas viables (art. 22.1.II LGT).

Por el contrario, *si los operadores se limitan a acordar la interconexión de sus redes “en los términos de la OIR”*, renunciado a negociar otras condiciones, el juez civil sí dispone de facultades de integración del AGI, naturalmente, siempre que se hayan identificado los elementos esenciales del contrato (cfr. art. 8.1 RIN)⁹³. Cualquiera de los operadores puede pretender el cumplimiento del contrato en su conjunto en los términos de la OIR y en su caso, el resarcimiento por su incumplimiento.

En *conclusión*, la existencia de acuerdos parciales sobre elementos esenciales del AGI no habilita al juez para exigir el cumplimiento o la indemnización por incumplimiento contractual, integrando el contenido contractual con elementos ajenos a la autonomía privada. Una cosa es que las partes hayan consentido la celebración del Acuerdo, posponiendo la determinación de ciertos elementos (incluso esenciales, v.gr. el precio) a un momento posterior, remitiendo su integración a la voluntad de un tercero o a una norma que supla la ausencia de pacto, y otra que exista aún un disenso sobre ciertos aspectos del Acuerdo proyectado, sin haber llegado a la conclusión del Acuerdo definitivo. En este segundo caso, el contrato no ha nacido y la pretensión de su cumplimiento o de indemnización por su incumplimiento no puede prosperar. La intervención del juez en estos supuestos queda limitada a depurar la responsabilidad extracontractual por culpa *in contrahendo*, siempre que concurren

⁹³ Si no fuera así, el contrato no existe por indeterminación del objeto (arts. 1261.2º y 1273 CC).

los presupuestos de ésta, y a exigir el cumplimiento de los acuerdos parciales o la indemnización por su incumplimiento, cuando éstos sean vinculantes a pesar de no haber alcanzado el Acuerdo global⁹⁴.

C) *Resarcimiento de daños por culpa in contrahendo.*

Al igual que ocurre respecto a la negociación de cualquier contrato, si iniciada la negociación de un AGI, la frustración del acuerdo global causa daños al operador que de buena fe ha confiado en la formalización del Acuerdo, éste ostenta una pretensión legítima de resarcimiento de su interés de confianza. Naturalmente, siempre que concurren los presupuestos de la responsabilidad por ruptura de tratos.

En síntesis, para que sea exigible la indemnización por culpa *in contrahendo* es preciso que se pruebe la causación de un daño ocasionado por un acto ilícito del sujeto con el que se ha iniciado la negociación. Este acto ilícito consiste en la generación de falsas o desproporcionadas expectativas de obtener un contrato⁹⁵.

⁹⁴ Cuando se hayan alcanzado acuerdos parciales sobre algunos de los aspectos del Acuerdo (v.gr. servicios a prestar y su precio, ubicación de equipos, puntos de interconexión...), corresponde al operador que alegue la no vinculación por el acuerdo parcial probar que éste es solo una parte de un proyecto de contrato global, que es el que satisface sus intereses. Si esto se prueba, ninguna de las partes queda vinculada por los acuerdos parciales, aunque éstos recaigan sobre elementos esenciales del contrato global. No obstante, el operador que alegue que el mero acuerdo parcial, independientemente considerado, es vinculante, puede probar que dicho acuerdo satisface el interés del operador, aún a falta de acuerdo global. No se aplica aquí el criterio jurisprudencial en materia de nulidad parcial de los contratos, conforme al cual se presume que las partes quieren la parte del contrato no afectada por la nulidad (aquí se presume que las partes sólo quieren el todo).

⁹⁵ Como es sabido, la doctrina y la jurisprudencia exigen la concurrencia de cuatro presupuestos para que exista la responsabilidad por la ruptura de tratos preliminares: a) la suposición de una razonable situación de confianza respecto a la celebración del contrato; b) el carácter injustificado de la ruptura de los tratos; c) la efectividad de un resultado dañoso para una de las partes; y d) la relación de causalidad entre el daño y la confianza suscitada (cfr. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos I*, págs. 278 a 279 y STS de 14-6-1999, por citar alguna de las más recientes). No así CAVANILLAS MÚGICA, quien sostiene una posición (a mi juicio más acertada) y considera que los presupuestos de la responsabilidad precontractual pueden reducirse a tres: a) un hecho ilícito (hacer nacer o dejar crecer una falsa expectativa en la persona con quien se han iniciado los tratos preliminares sobre las probabilidades de que éstos concluyan felizmente en la firma del contrato); b) un daño (los gastos acometidos infructuosamente, incluidas las oportunidades de negocio perdidas); y c) un nexo causal entre el hecho ilícito y el daño (CCJC 51, págs. 1231-1241, concr. págs. 1235 y 1236).

No obstante, en la mayoría de los casos en los que el proceso de negociación de acuerdos de interconexión fracasa, la CMT dicta un acto administrativo exigiendo la interconexión efectiva (art. 22.3 LGT), de suerte tal que el interés del operador en la obtención de interconexión no resulta frustrado y los costes en los que incurrió en atención al acuerdo proyectado revierten en su utilidad. No se produce el daño, presupuesto indispensable de la responsabilidad precontractual.

En cualquier caso, de existir la pretensión indemnizatoria corresponde al juez civil pronunciarse sobre la misma. La intervención de la CMT en estos supuestos puede *mitigar* la causación de daños, pero no sirve para resarcir los que ya se hubieran producido.

Por ejemplo, si durante la negociación del acuerdo global de interconexión se habilitan puntos de interconexión, conforme a lo pactado en un acuerdo parcial y posteriormente, el acuerdo definitivo no se logra, pero sí se obtiene la interconexión efectiva gracias a la Resolución de la CMT, esos costes revierten en utilidad del operador y no hay daño resarcible, aun cuando la actuación del otro operador sea de mala fe (sólo ha pretendido prolongar la negociación y posponer así la intervención de la CMT con el fin de retrasar el acceso al mercado del operador competidor); sin embargo, si conforme a la expectativa creada por la citada conducta de mala fe y confiando en la obtención de un acuerdo de interconexión en fecha determinada, el operador solicitante ha realizado una campaña publicitaria para anunciar su salida al mercado en función de tal fecha, la intervención del órgano administrativo no subsana el daño ya producido (costes de campaña en cuanto no reporten utilidad al nuevo operador; lesión de su reputación comercial...). El resarcimiento de este daño injusto ha de pretenderse en sede civil.

3.3. Atribuciones del juez civil sobre los acuerdos de interconexión y las resoluciones de la CMT en cuanto actos-fuentes de la obligación de interconexión.

Se analizan en este epígrafe las atribuciones del juez civil en los *conflictos referentes a la validez o invalidez del acto constitutivo de la obligación de interconexión*. Este tipo de conflictos se genera en aquellos supuestos en los que uno de los operadores, o ambos, pretende justificar su falta de cumplimiento en la *nulidad* del acuerdo de interconexión o del acto administrativo constitutivo de la

relación de interconexión⁹⁶.

A) *Nulidad de la Resolución de la CMT.*

Si la relación de interconexión ha sido impuesta por una *resolución de la CMT* y ésta incurre en alguna de las causas de nulidad o anulabilidad de los actos administrativos (arts. 62 y 63 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), *sólo la CMT y en su caso, un órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa podrá declarar con eficacia erga omnes la nulidad del acto administrativo*. No hay ninguna duda en afirmar que sólo el órgano administrativo, que ha dictado el acto, o el órgano de la Jurisdicción contencioso-administrativa competente para controlar la validez del mismo están habilitados para declarar la nulidad del acto administrativo y correlativamente, su ineficacia y la inexigibilidad de su cumplimiento⁹⁷.

El operador destinatario de la resolución o un tercer interesado, que pretenda la declaración de nulidad del acto administrativo constitutivo de una relación de interconexión podrá: *i)* instar el procedimiento de revisión de oficio de actos administrativos nulos y anulables (arts. 102 y 103 Ley 30/1992, respectivamente); *ii)* interponer recurso potestativo de reposición, ante la propia CMT (arts. 107.1 y 116 Ley 30/1992) o *iii)* acudir directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 116 Ley 30/1992 y arts. 1 y 71.1.a LJCA).

Resulta más *problemático* definir los efectos del acto administrativo nulo en las relaciones entre particulares, cuando el órgano competente no ha declarado la nulidad de dicho acto.

⁹⁶ Me refiero aquí a nulidad en un sentido amplio, comprensivo tanto de la nulidad de pleno derecho como de la anulabilidad.

⁹⁷ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, *Curso*, I, págs. 526 y 527. Sobre el régimen de los actos administrativos nulos y anulables puede verse el trabajo de CHINCILLA MARÍN, C. "Nulidad y Anulabilidad de los actos administrativos", en LEGUINA J., Y SÁNCHEZ MORÓN (Directores), *Comentarios a la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Tecnos. Madrid, 1993, págs. 192-213.

En principio, todo acto administrativo goza de la presunción de validez (art. 57 Ley 30/1992) y sólo pueden declarar la nulidad de los actos administrativos los órganos habilitados para ello por el Ordenamiento, entre los que no se encuentran los órganos de la jurisdicción civil. No corresponde al juez civil velar por la correcta producción de los actos administrativos y no está habilitado para declarar con eficacia *erga omnes* la nulidad de los mismos.

Sin embargo, la eficacia interprivada de los actos de la CMT en materia de interconexión y su eficacia heterointegradora de las relaciones contractuales, plantea ciertos supuestos problemáticos en relación a la nulidad de los actos administrativos. En particular, el problema se plantea en tres supuestos: 1º) Cuando la resolución que exige la interconexión efectiva fija condiciones de interconexión y las partes no han acordado otras condiciones (v.gr. reclamación de pago del precio); 2º) Cuando el contenido del acto administrativo (nulo) heterointegra la reglamentación contractual; 3º) Cuando el incumplimiento (total o cumplimiento defectuoso o extemporáneo) del acto administrativo (nulo) por uno de los destinatarios causa daños al otro. No se plantea el problema cuando lo que pretende uno de los operadores es el cumplimiento (específico) del acto administrativo nulo que exige la interconexión efectiva (art. 22.3 LGT). No es la jurisdicción civil la sede adecuada para ejercer pretensiones de este tipo, la “pretensión” de cumplimiento se articula mediante la solicitud a la Administración de la ejecución forzosa del acto (eficacia de Derecho privado imperfecta)⁹⁸ y es igualmente en esta sede donde se habrá de depurar y declarar su eventual nulidad.

El punto común de todos los supuestos problemáticos es la existencia de un acto administrativo de eficacia interprivada y además en algunos de ellos (1º y 2º) de eficacia privada perfecta (exigible en vía civil no sólo a través del ejercicio de una pretensión resarcitoria sino también a través de una acción de cumplimiento).

⁹⁸ V. Cap. II, 4.4, C).

Imagínese que al emitir su resolución, la CMT no ha seguido los trámites del procedimiento administrativo o que ha incurrido en desviación de poder. El acto es nulo [art. 62 e) Ley 30/1992] o anulable, respectivamente (art. 63.1 Ley 30/1992). Si ninguno de los órganos competentes para declarar la nulidad del acto administrativo se hubiera pronunciado sobre la cuestión, cabe interrogarse si podría el juez civil declarar inexigible el cumplimiento del contrato heterointegrado por un acto administrativo nulo, o negar la pretensión de pago del precio fijado por la Administración en un acto administrativo nulo. En otros términos, si puede uno de los operadores oponerse con éxito a la pretensión civil de cumplimiento del otro operador, alegando la nulidad del acto administrativo constitutivo de la obligación⁹⁹.

A mi juicio, la solución a estos supuestos ha de resolverse en un sentido favorable a la aplicación judicial del acto administrativo (nulo), en tanto su nulidad no haya sido declarada por el órgano competente para ello.

Por la presunción de validez de la que gozan y por el principio de autotutela ejecutiva de la Administración, todo acto administrativo, -también los nulos y anulables-, producen efectos y tienen eficacia ejecutiva (art. 94 Ley 30/1992). Por regla general, la interposición del correspondiente recurso no suspende la ejecución del acto impugnado (art. 111.1 Ley 30/1992). La suspensión de la eficacia ejecutiva del acto exige un pronunciamiento (expreso o presunto) del órgano competente para resolver (art. 111.2 y 3 Ley 30/1992 y art. 130 LJCA). Por ello, *la declaración de nulidad del acto nulo alcanza en el ámbito administrativo una especial significación*. No sólo destruye la presunción de validez del acto, también impide la producción de los efectos que le son propios.

Tratándose de actos nulos de pleno Derecho, por el transcurso del plazo para impugnar la validez del acto, éste no queda convalidado. La nulidad inicial podrá ser declarada posteriormente *ex art. 102 Ley 30/1992*¹⁰⁰. Pero continúa produciendo efectos. Tratándose de actos anulables, el transcurso del plazo para impugnar su validez implica no sólo la “confirmación” de su eficacia¹⁰¹, sino su

⁹⁹ Adviértase que, dada la dilación que caracteriza la actuación de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, el supuesto descrito no es improbable.

¹⁰⁰ Sobre el carácter imprescriptible de esta acción de nulidad vid. GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, *Curso...I*, pág. 605-607.

¹⁰¹ Por el principio de autotutela de la Administración, el acto anulable es eficaz desde el momento en el que se dicta.

conversión en un acto válido e inatacable (art. 28 LJCA)¹⁰².

La eficacia del acto administrativo nulo y del acto anulable no impugnado se ha de predicar respecto a todos sus efectos. No cabe romper la unidad intrínseca del acto y someter a los efectos públicos y a los efectos privados a distintos regímenes de eficacia. Aplicado esto a la resolución de la CMT que fija condiciones a la interconexión o heterointegra el contenido de la relación contractual, las obligaciones (de Derecho público y de Derecho privado) nacidas de la misma son ejecutivas y exigibles, mientras no se declare la nulidad del acto, fuente constitutiva de la obligación.

El juez puede controlar la *validez civil* del contrato que celebren los operadores (v.gr. la existencia de vicios de consentimiento contractual, vulneración de normas imperativas...etc)¹⁰³, pero carece de competencias para controlar la *validez administrativa* del acto que integra la relación contractual. Como aquí se ha defendido, la “regla” creada por la Administración para el caso concreto completa el contenido de la norma general y en cuanto supera el control de validez administrativa heterointegra la reglamentación contractual.

Si uno de los operadores obligados considera que el acto administrativo es nulo, lo que ha de hacer es interponer un recurso contencioso-administrativo; si ya hubiera transcurrido el plazo para ello (art. 46 LJCA) y el acto fuera nulo de pleno derecho, ha de solicitar la revisión de oficio por la Administración (art. 102 Ley 30/1992); tratándose de actos anulables, el particular que ha dejado transcurrir los plazos sin impugnar el acto, está obligado a su cumplimiento y en su caso, a indemnizar los daños derivados de su incumplimiento o cumplimiento defectuoso.

¹⁰² La reforma de la Ley 30/1992 realizada por la Ley 4/1999 ha privado a la Administración de la facultad de revisar de oficio de los actos meramente anulables. Frente a ellos la Administración pierde la autotutela y queda sometida a la carga de demandarla a un Tribunal contencioso-administrativo por la vía de la lesividad (art. 103). Según el art. 103 la revisión de oficio de actos anulables exige la declaración previa de lesividad para el interés público, adoptada antes de que transcurran cuatro años desde que se dictó el acto, y la ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, en el que la Administración debe comparecer como simple demandante, postulando de los Tribunales la declaración de nulidad del acto que considera lesivo (art. 19.2 LJCA).

¹⁰³ V. *infra* B.

Admitir que el juez puede desestimar la pretensión de cumplimiento del contrato heterointegrado por un acto nulo supone restringir el ejercicio por la CMT de su potestad-función de salvaguardar el orden público económico en el sector de las telecomunicaciones. La Ley atribuye a la CMT la facultad de interferir en las relaciones interprivadas con los atributos propios de la actuación administrativa (ejecutividad de los actos administrativos y autotutela de la Administración) y para ello atribuye a la CMT la potestad-función de exigir la interconexión y en su caso, imponer condiciones a la misma cuando existan razones de interés público. La valoración y el control jurisdiccional de esta potestad no corresponde al juez civil, sino al juez contencioso-administrativo. Al juez civil sólo le corresponde aplicar las consecuencias jurídicas de la heterointegración del contenido contractual por el acto administrativo [exigir su cumplimiento, declarar resuelto el contrato si no se cumplen las condiciones fijadas por la Administración (v.gr. no se paga el precio), o imponer la obligación de resarcir los daños derivados de su incumplimiento].

En el epígrafe siguiente volveré sobre esta idea. Pero para ilustrar sobre la diferencia entre los conceptos de validez administrativa y validez civil del acto que heterointegra la relación contractual puede utilizarse un símil. El control de validez administrativa del contrato se puede equiparar al control de incorporación de las condiciones generales de la contratación. Éste no prejuzga sobre el control de contenido de las mismas (validez civil del acto).

Si impugnada la validez del acto administrativo (nulo o anulable), se inicia un proceso civil respecto al cumplimiento de la relación obligatoria nacida del mismo, es conveniente que el juez civil suspenda el proceso hasta que exista un pronunciamiento en sede administrativa o contencioso-administrativa sobre la validez del acto. La declaración firme de validez del acto surte efectos de cosa juzgada y no puede ser revisada ni cuestionada ante el juez civil. Una solución de este tipo se impone para satisfacer exigencias de seguridad jurídica y coherencia del Ordenamiento jurídico, evitando los pronunciamientos contradictorios.

B) Nulidad del Acuerdo de Interconexión. Peculiaridades del control de validez de los acuerdos de interconexión.

Si la relación de interconexión ha sido constituida por un acuerdo de

interconexión, corresponde al juez civil pronunciarse sobre la validez o en su caso, nulidad del acuerdo. Sólo la Jurisdicción civil puede declarar con eficacia *erga omnes* la nulidad del acuerdo o de alguna de las condiciones del mismo, en cuanto actos de la autonomía privada (art. 22.3º LOPJ). No obstante, la CMT puede exigir la modificación (retirada o cambio) de las cláusulas contractuales que pudieran amparar prácticas contrarias a la competencia o cuando ello resulte preciso para garantizar la interoperabilidad de los servicios (art. 22.2.II LGT). Pero esta intervención del órgano administrativo sobre la autonomía privada no está exenta del control judicial. En cuanto integra la reglamentación contractual, la validez civil de la modificación está sometida al control del juez civil y sólo surtirá efectos (civiles), si su contenido no vulnera los arts. 1255 y 1258 CC.

El acuerdo de interconexión es fuente inmediata de la obligación de interconexión, acto de la autonomía privada que crea una relación obligatoria. Sin tener ahora en cuenta lo que se refiere al cumplimiento del acuerdo en cuanto regla o regulación de la relación jurídica, las atribuciones del juez civil sobre el acuerdo de interconexión no difieren de las competencias que el Ordenamiento le atribuye en relación al resto de contratos de Derecho privado. Éstas pueden resumirse en el control de la validez del contrato y en la integración de las “lagunas” de la regulación contractual creadas por la falta de previsión de los contratantes o por la ineficacia de alguna de las cláusulas contractuales.

Como ya se ha enunciado, las funciones atribuidas a la CMT en relación a los acuerdos de interconexión [predisposición de condiciones contractuales *ex* art. 22.3 LGT, modificación (retirada o cambio) de las acordadas por los operadores *ex* art. 22.2 LGT o interpretación de las mismas *ex* art. 25 LGT] no excluyen el control judicial de dichos acuerdos. Ni la aplicación del ordenamiento sectorial de las telecomunicaciones, ni menos aún la facultad de declarar la nulidad civil con efectos *erga omnes* de los acuerdos que lo vulneren, corresponde en exclusiva a la CMT. En fin, la comunicación a la CMT del documento en el que se formaliza el acuerdo de interconexión (art. 22.6 LGT) y la posible modificación del mismo por el órgano administrativo (art. 22.2. II) no implica la inmunidad del acuerdo a su posible declaración de nulidad civil por infracción de normas (también las del Derecho sectorial).

Respecto a la aplicación del Derecho sectorial por los órganos jurisdiccionales civiles, en particular el Derecho de la competencia, es interesante la STS de 2 de junio de 2000 (*La Ley*, 9772). El TS ha afirmado la facultad del juez civil para aplicar las sanciones civiles derivadas de la vulneración de este sector del Ordenamiento, sin necesidad de pronunciamiento administrativo previo y sin perjuicio de la facultad de los órganos de defensa de la competencia para aplicar las correspondientes sanciones administrativas, en cuanto el ilícito competencial lesione el interés público en el mantenimiento de la libre competencia en el mercado. Esta doctrina supone una ruptura con la línea jurisprudencial mantenida por el TS en pronunciamientos anteriores¹⁰⁴, en los que había denegado la competencia de la jurisdicción civil para pronunciarse sobre la nulidad de los contratos contrarios a las normas de competencia, en tanto no existiera un pronunciamiento previo de los órganos de defensa de la competencia, declarando la comisión del ilícito competencial.

La doctrina de la STS de 2 de junio de 2000 es extrapolable a otros sectores del Ordenamiento, en los que, como en el de las telecomunicaciones, los actos de la autonomía privada son controlados simultáneamente por órganos jurisdiccionales y administrativos. La línea divisoria entre las atribuciones de unos y otros órganos se traza en atención a los intereses (públicos o privados) tutelados por la norma y perjudicados por la infracción de la misma. Allí donde exista un interés privado, capaz de patrimonializar el cumplimiento de la norma mediante el ejercicio de una pretensión de cumplimiento de una prestación de dar, hacer o no hacer, o de una pretensión resarcitoria, es posible afirmar la intervención del juez civil. Ello sin perjuicio de la intervención de la Administración de telecomunicaciones garante del interés público en la interconexión de las redes y la interoperabilidad de los servicios.

En síntesis, lo que aquí se sostiene es que *la intervención de la CMT sobre el acuerdo de interconexión ni excluye ni impide la intervención del juez civil*. Aunque el grado de vinculación del juez a la intervención administrativa es distinto en función de que esta se produzca en virtud de los arts. 22.1.II, 22.2.II y

¹⁰⁴

Cfr. SSTs de 18-5-1985 (RJ Az 1985, 2397) y de 4-11-1999 (RJ Az 1999, 8001).

22.3 o 25 LGT¹⁰⁵.

En la actualidad, la mayoría de los acuerdos de interconexión celebrados entre operadores no dominantes son contratos negociados individualmente; los acuerdos de interconexión entre los nuevos operadores y el operador dominante son contratos con condiciones generales de la contratación fijadas en la OIR del operador dominante. No obstante, también en estos se contienen cláusulas negociadas individualmente¹⁰⁶.

El control de validez realizado por el juez civil sobre el acuerdo de interconexión se concreta en las atribuciones, que seguidamente se detallan.

B.1. En cuanto contrato negociado individualmente.

En cuanto contrato negociado individualmente, el juez ha de constatar que concurren los requisitos exigidos para la existencia de un contrato (art. 1261 y ss. CC) y que no se han sobrepasado los límites que el art. 1255 CC impone al ejercicio de la libertad contractual. Dicho en otros términos, el juez ha de comprobar que los contratantes han consentido libremente obligarse respecto a un objeto determinado, posible y lícito, existiendo una causa lícita y conforme a condiciones no contrarias a la ley, la moral o al orden público.

En particular, respecto a la conformidad a la “ley” a la que se refiere el art. 1255 CC, resultan especialmente relevantes las normas sectoriales que disciplinan el acuerdo de interconexión y las normas del Derecho de la competencia que imponen prohibiciones o restricciones al mismo.

El *Derecho de las telecomunicaciones* es prolijo en normas que o bien

¹⁰⁵ Cfr. Cap. III, 2.2, C; y en este mismo Cap., *supra* epgr. 2.1,F.

¹⁰⁶ Adviértase que la apreciación realizada en el texto es una constatación puramente fáctica y no normativa. Cualquier operador puede celebrar acuerdos de interconexión con condiciones generales de la contratación. Naturalmente, la condición de operador dominante o monopolista no es exigida para constatar la existencia de condiciones generales y someterlas a los controles específicos propios de este tipo de cláusulas contractuales (vid. ALFARO, *Las condiciones generales*, pág. 130).

disciplinan directamente el acuerdo de interconexión, o bien habilitan a la Administración para que intervenga en relación con el mismo¹⁰⁷.

Los acuerdos de interconexión que vulneren las normas imperativas o prohibitivas (aun de rango reglamentario), así como los actos administrativos que integran la regulación contractual (con carácter imperativo) son nulos (art. 6.3 CC), sin perjuicio de las sanciones administrativas que pueda conllevar su infracción¹⁰⁸.

Corresponde al juez civil declarar la nulidad de dichos pactos y en su caso, colmar las lagunas creadas por la ineficacia de una parte de la regulación contractual, utilizando para ello los elementos de integración que le proporciona el Ordenamiento (art. 1258 CC). El juez civil es competente para aplicar el Derecho (también el sectorial) a las relaciones interprivadas.

A mi juicio, lo que se acaba de afirmar no presenta ninguna duda en relación con las normas imperativas o prohibitivas, incluso aunque éstas sean de rango reglamentario¹⁰⁹. Mayores dificultades entraña esta afirmación en relación a los actos administrativos. Respecto a ellos, se ha de puntualizar que no es que el juez civil esté vinculado a un pronunciamiento administrativo. El juez es independiente y sólo está sometido a la ley (art. 117 CE). Lo que ocurre en estos supuestos es que la “ley” contiene una habilitación expresa para que un órgano administrativo, la CMT, dicte instrucciones o resoluciones dirigidas a operadores concretos. Esta habilitación legislativa legitima al órgano administrativo para limitar derechos privados e interferir en las relaciones entre particulares¹¹⁰.

¹⁰⁷ V. *supra* Cap. III, epgr. 2.2, apdo.C.2.

¹⁰⁸ De nuevo me remito a lo dicho en el Capítulo III, respecto a las consecuencias de la integración contractual con elementos ajenos al sistema de Derecho privado (epgr. 2.2, apdo.C.2).

¹⁰⁹ La STS de 7-4-2000, Sala 1ª, (*La Ley*, 2000, 8223) acoge la posibilidad de que sea motivo de casación la infracción de normas reglamentarias en la hipótesis en que la normativa civil esté constituida por la disposición que se invoca. Esta posición está actualmente confirmada por el Derecho positivo, pues el art. 477 LEC de 2000 contempla como motivo único de casación “la infracción de *normas aplicables* para resolver las cuestiones objeto del proceso”.

¹¹⁰ Vid. Cap. II, epgr. 5.2.

En virtud de esa habilitación y para garantizar la eficacia de los actos producidos en ejercicio de la misma, en el ordenamiento sectorial se encuentra implícita una norma imperativa del siguiente tenor: “todos los operadores de telecomunicaciones están obligados al cumplimiento de las resoluciones de la CMT en las que se exija la interconexión, se fijen condiciones de interconexión, se modifiquen las condiciones pactadas o se limite el deber de proveerla”. Explícitamente, la LGT tipifica como infracción sancionable el incumplimiento de dicha norma (art. 79.15). Sin perjuicio de esta sanción administrativa, el incumplimiento de la norma imperativa instrumentado en un acuerdo de interconexión, que infringe el contenido de los citados actos administrativos, merece la sanción civil de nulidad (art. 6.3 CC)¹¹¹.

En los casos en los que existe una resolución de la CMT de las previstas por los arts. 22.3, 22.2.II y 22.1.II LGT, la “ley” en el sentido del art. 1255 CC se integra por un acto administrativo. Si la regulación contractual acordada por los operadores se aparta del contenido del acto administrativo, la autonomía privada sobrepasa los límites del art. 1255 CC y el Ordenamiento no reconoce validez a tal pacto. El juez ha de declarar nulos los pactos o condiciones contractuales que se aparten de las mismas y sustituir el elemento pactado por el legal (nulidad parcial *ex art. 6.3 CC in fine*)¹¹².

Naturalmente, la regla implícita que exige que los acuerdos de interconexión respeten el contenido de los actos administrativos de la CMT no ha de entenderse como una regla formal, aplicable en todo caso y cualquiera que sea el contenido de dichas resoluciones. La regla sólo se aplica si las resoluciones emitidas por la CMT son conformes al Ordenamiento (ley, moral y orden público *ex art. 1255 CC*). En el hipotético caso de que el juez civil observara que el acto administrativo es contrario a la ley (v.gr. establece precios de interconexión

¹¹¹ De nuevo, creo oportuno recordar aquí los efectos de la ya explicada doctrina de la incomunicación entre los efectos civiles y administrativos de la vulneración de las normas administrativas. Si bien, ahora, entiendo que la crítica se ha de ampliar también a la vulneración de los actos administrativos dictados por el órgano administrativo especialmente habilitado por la Ley para garantizar la interconexión de las redes y la interoperabilidad de los servicios públicos de telecomunicaciones.

¹¹² Vid. ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, pág. 141, nota 69.

discriminatorios en relación a otros contratos de interconexión o introduce desequilibrios contractuales contrarios a las exigencias de la buena fe), admitirá la validez del acuerdo que se aparte del contenido del mismo. Estos actos administrativos integran la regulación contractual y también se someten al control de los órganos jurisdiccionales civiles. Obviamente, este control no se realiza en cuanto actos administrativos¹¹³, sino en cuanto elementos de heterointegración de la voluntad contractual. El juez civil carece de competencia para declarar ineficaces las resoluciones administrativas, pero sí puede no aplicarlas cuando observe que éstas infringen normas del Ordenamiento de rango superior, como son el artículo 1255 o 1258 CC.

El lector puede observar una contradicción entre lo que ahora se afirma y lo expuesto respecto a los actos administrativos nulos [*supra* 3.2.A)]. He sostenido que el acto administrativo nulo produce efectos en tanto la Administración o la JCA no declaren su nulidad. Produce todos sus efectos, también civiles y el juez carece de competencia para negarse a aplicarlo por entender que es nulo (v.gr. se ha dictado al margen del procedimiento legal o incurre en desviación de poder). Yo no creo que exista esta contradicción. Allí me refiero a la “validez administrativa”, cualidad del acto que se presume y de la que deriva su eficacia. Si el acto es válido (porque así se ha declarado o porque no se ha impugnado) “se incorpora” a la relación contractual, forma parte de la misma creando obligaciones de Derecho privado. Si el acto no es válido (v.gr. no había razones de interés público que justificaran la intervención), el acto queda excluido de la reglamentación contractual. Este control de validez administrativa (o “control de incorporación”) está vetado al juez civil. Lo ha de ejercer el juez contencioso-administrativo. Ahora me refiero a la validez civil (o “control de contenido”, siguiendo con el símil). El juez civil sí está habilitado para controlar que los contratos no contengan pactos contrarios a la ley, a la moral o al orden público (art. 1255), ni estipulaciones contrarias a las exigencias de la buena fe (arts. 7.1, y 1258 CC, 8 LCGC y art. 10.bis. LGDCU, por analogía).

En conclusión, el juez ordinario es competente para declarar la nulidad de los acuerdos de interconexión que vulneren las normas imperativas o prohibitivas del Derecho de las telecomunicaciones (art. 6.3 CC) e inadmitir cualquier pretensión basada en tal pacto (art.1255 CC). Entre estas normas imperativas se incluye la regla que obliga al cumplimiento de las resoluciones de la CMT dictadas en ejercicio de las potestades-función que le atribuye la LGT (arts. 22.2.II y 22.3) sobre las relaciones jurídico-privadas de interconexión, siempre que éstas no vulneren el Ordenamiento (arts. 1255 y 1258 CC).

¹¹³

Cfr. *supra* apdo. A.

Los artículos 6.3, 1255 y 1258 CC se ofrecen al juez civil como vías que le permiten aplicar el Derecho de las telecomunicaciones a las relaciones privadas, al margen y con independencia de la intervención sancionadora de la Administración de telecomunicaciones. Existen además otras vías que permiten al juez adoptar medidas civiles sobre los acuerdos de interconexión, cuando éstos vulneren el Derecho de las telecomunicaciones (v.gr. remoción de efectos o indemnización de daños y perjuicios). Me refiero en concreto al art. 15.2 Ley 3/1991, de Competencia Desleal (actos de competencia desleal por infracción de normas que regulan la actividad concurrencial)¹¹⁴.

Por otra parte y en relación al *Derecho de la Competencia*, se han de reconocer al juez civil idénticas facultades para declarar la nulidad de los acuerdos de interconexión que infrinjan este Derecho. En reiteradas ocasiones a lo largo de este trabajo, se ha afirmado que la interconexión es una figura clave para la implantación de la competencia en el mercado de las telecomunicaciones. Por ello, es de especial interés garantizar que los acuerdos de interconexión no contienen pactos, cláusulas o condiciones que puedan fundar prácticas restrictivas de la competencia (v.gr. repartos de mercado, aplicación de precios o condiciones

114

La necesidad de delimitar este estudio me impide investigar en profundidad sobre la utilización de este precepto como vía por la que los particulares pueden patrimonializar el cumplimiento de normas del Derecho de las Telecomunicaciones. Éste se integra en su mayoría por normas que regulan la actividad concurrencial [v.gr. normas sobre títulos habilitantes, normas que imponen a los operadores preexistentes “obligaciones” de facilitar interconexión y acceso (sobre la consideración como normas de este tipo de las normas que imponen “cargas” v. ALFARO AGUILA-REAL, J., “Competencia desleal por infracción de normas”, *RDM*, núm. 202, Octubre/Diciembre 1991, págs. 667-730, conr. págs. 713-714); normas que obligan a publicar OIR; normas que imponen la orientación a costes de los precios de interconexión,...]. La infracción de todas ellas no sólo constituye una infracción administrativa (cfr. arts. 78 a 81 LGT), sino también un acto de competencia desleal (art. 15.2 LCD).

A pesar de la doctrina de las SSTs de 13 de mayo y 16 de junio de 2000 (sólo se consideran como normas relevantes a los efectos del art. 15.2 LCD las que emanan de los “poderes legislativos estatales”, ya que sólo ellos pueden regular la actividad concurrencial por estar la “materia mercantil” reservados a ellos), considero que han de considerarse de este tipo las Circulares de la CMT, órgano al que la Ley habilita para salvaguardar la competencia en el mercado desde una posición de independencia, desvinculada de los agentes del mercado y para la satisfacción del interés general. Estas circunstancias son radicalmente distintas a las contempladas en ambas sentencias, que se referían a las normas dictadas por los Colegios Profesionales a sus colegiados (“comunidad de intereses”) y orientadas más a restringir la competencia que a favorecerla (ej. regulación horarios comerciales, limitativas del precio de venta de libros...). Sobre los actos de competencia desleal por infracción de normas v. además del trabajo citado de ALFARO, los trabajos de CARRASCO PERERA Y MARÍN LÓPEZ, “Intrusismo, intereses corporativos y límites del Derecho privado”, *ADC*, 1990, págs. 615-627 y MASSAGUER, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 430-468).

de interconexión discriminatorias...etc). A la CMT se atribuye la facultad de exigir la modificación de los acuerdos cuando compruebe que contienen condiciones de este tipo (art. 22.2 II LGT). Por su parte, corresponde a los órganos de defensa de la competencia (TDC, SDC y Ministerio de Economía) adoptar medidas frente a los acuerdos o prácticas contrarias al Derecho de la Competencia cometidas en el ámbito de las telecomunicaciones y en particular, en relación a los acuerdos de interconexión (DA 7ª LGT).

Sin perjuicio de la intervención de la Administración (sectorial y general) en relación a los acuerdos de interconexión contrarios a las normas de competencia, la tutela del interés privado de los operadores en obtener la interconexión en condiciones no contrarias al Derecho de la competencia exige atribuir también al juez civil la función de declarar la nulidad civil de tales acuerdos.

En cualquier caso, la declaración civil de nulidad del acuerdo despliega sus efectos únicamente en el ámbito de las relaciones privadas entre los operadores. Esta declaración, que está sujeta a los límites de la cosa juzgada, no vincula ni a la Administración de Telecomunicaciones ni a la Administración encargada de salvaguardar la competencia en el mercado.

B.2 En cuanto contrato con condiciones generales de la contratación.

En cuanto contrato con condiciones generales de la contratación, corresponden al juez civil en relación con el acuerdo de interconexión, todas las facultades que le atribuye la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (LCGC)¹¹⁵.

En los contratos con condiciones generales de la contratación, el control de validez presenta características específicas que lo diferencian del control de validez del resto de los contratos. El juez no sólo ha de comprobar que concurren los requisitos del art. 1261 CC y que no se trasgreden los límites impuestos a la

¹¹⁵ BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998.

libertad contractual del art. 1255 CC. También ha de comprobar que la regulación contractual contenida en las condiciones generales se ha incorporado al contrato porque ha podido ser consentida y querida por el adherente (control de incorporación o de inclusión *ex arts. 5 y 7 LCGC*) y que el contenido de las condiciones, que superen ese primer control, no es contrario a las exigencias de la buena fe (objetiva), definida ésta en atención a la peculiar circunstancia de la adhesión o autorización para regular de forma justa la relación contractual, tomando en consideración los intereses propios del adherente (control de contenido *ex art. 8 LCGC*).

En la actualidad, los acuerdos de interconexión celebrados con el operador dominante son acuerdos con condiciones generales de la contratación¹¹⁶. La OIR del operador dominante contiene un contrato-tipo (apdo 9). No obstante, existen ciertos rasgos en el régimen de la OIR y de su aceptación que pueden crear importantes *dudas* respecto a su calificación como auténticas condiciones generales de la contratación.

En los términos del art. 1 LCGC, son condiciones generales de la contratación “las cláusulas *predispuestas* cuya incorporación al contrato sea *impuesta* por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de *ser incorporadas a una pluralidad de contratos*”. Así, para calificar una cláusula contractual como condición general de la contratación han de concurrir tres requisitos: generalidad, predisposición e imposición¹¹⁷.

¹¹⁶ Reitero de nuevo que ésta es una apreciación fáctica y no normativa. Nada obsta para que cualquier otro operador, al margen de cual sea su posición en el mercado, utilice condiciones generales de la contratación para regular sus relaciones de interconexión con el resto de operadores.

¹¹⁷ No me detengo en el examen de estos requisitos ya estudiados por la doctrina. Me remito a las obras de DE CASTRO Y BRAVO, F., “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las Leyes”, *ADC*, 1961, págs. 295-341 y como libro, 2ª Edic. Civitas. Madrid, 1985, págs. 12-16; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Artículo 1” en la obra, coordinada por el mismo autor, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Aranzadi, 1999, págs. 23-36; REGLERO CAMPOS, L.F., “Régimen de ineficacia de las condiciones generales de la contratación. Cláusulas no incorporadas y cláusulas abusivas: concepto y tipología”. *AC*, núm. 3, mayo 1999, págs. 13-44, concr. págs. 14-17;; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, págs. 112-155, donde se cita abundantemente bibliografía; “El Derecho de las condiciones generales y las cláusulas predispuestas”, *RJC*, núm. 1, 2000, págs. 9-32, concr. págs. 15-

No hay duda de que las condiciones de la OIR están predisuestas con la finalidad de ser incluidas en los contratos de interconexión que celebre el operador dominante con cualquier operador solicitante de interconexión. La predisposición y la generalidad son obvias. Lo que es más problemático es que la incorporación al AGI de las condiciones de la OIR sea “*impuesta* por una de las partes”. A continuación, se exponen algunos argumentos en contra de la concurrencia de este presupuesto. Sin embargo, como también se explica, tales obstáculos no son insuperables.

i) *La OIR contiene condiciones que se limitan a reproducir el contenido de normas legales o reglamentarias imperativas, que se incorporan al Acuerdo al margen de la voluntad de cualquiera de los contratantes.*

A efectos de su calificación como condiciones generales de la contratación, entre las condiciones predisuestas en la OIR se han de distinguir aquellas propuestas por el operador dominante y aprobadas o modificadas por la Administración en un acto administrativo singular, en ejercicio de su potestad de aprobar y modificar la OIR (arts. 28 LGT, 11.1 y 12.1 RIN) y aquellas otras que proceden directamente de la potestad normativa de la Administración (cfr. art. 22.7 LGT)¹¹⁸.

Las condiciones contractuales que reproducen el contenido de una norma imperativa o dispositiva¹¹⁹, *dictada en ejercicio de una potestad normativa de la*

18; “El proyecto de Ley sobre condiciones generales de la contratación: técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho privado”, *RDBB*, núm. 67, 1997, págs. 839-902, conr. págs. 863-868; COCA PAYARES, M., “Artículo 10.2”, en BERCOVITZ, R Y SALAS, J. (Coordinadores), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Civitas. Madrid, 1992, págs. 313-328, conr. págs. 315-321 y MARÍN LÓPEZ, J.J., “El ámbito de aplicación de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación” en NIETO CAROL, U. (Director), *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*. Lex Nova. Valladolid, 2000, págs. 108-217, conr. págs. 124-140.

¹¹⁸ DE CASTRO ya se refirió a esta distinción entre condiciones generales “establecidas por la Administración” y aquellas otras “redactadas por una empresa privada y aprobadas por la Administración” (*Las condiciones generales de la contratación*, 1985, pág. 15).

¹¹⁹ La exclusión de la aplicación de la LCGC a las condiciones contractuales que reflejan normas dispositivas no es una cuestión pacífica. Por la respuesta afirmativa se inclina PAGADOR LÓPEZ, J., “La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación”, *DN* 97, 1998, págs. 1-34, conr. pág. 3; MARÍN LÓPEZ entiende que “hay buenos argumentos, [...]”, para entender que en nuestro ordenamiento jurídico las únicas cláusulas contractuales que quedan excluidas del ámbito de aplicación de la LCGC son las que reflejan disposiciones imperativas”

Administración, no son condiciones generales de la contratación. Su contenido queda incorporado al contrato al margen de cual sea la voluntad de las partes, si son normas imperativas, y en defecto de acuerdo de los operadores, si se trata de normas dispositivas.

Las condiciones que se limitan a reproducir el contenido de las normas legales o reglamentarias aplicables no son encuadrables en el concepto de condición general del art. 1 LCGC. Es de este tipo la condición que estipula los precios de interconexión para llamadas locales¹²⁰. Ciertamente, se trata de cláusulas predispuestas, pero su incorporación al contrato no es impuesta “por una de las partes”. Es impuesta por la norma. Si ésta es imperativa, su contenido es indisponible para ambas partes; si es una norma dispositiva, ésta se aplica a los extremos no acordados por los contratantes. En ambos casos, estas “condiciones” se “imponen por el legislador”. El contrato estaría regulado por las mismas aunque no se hubiesen incorporado a él por el acto de autonomía privada¹²¹.

El art. 4.II LCGC excluye expresamente del ámbito de aplicación de la Ley las condiciones generales “que reflejen las disposiciones o los principios de los Convenios internacionales en que el Reino de España sea parte, ni las que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes”¹²². Pero aunque no se excluyeran expresamente, tales condiciones no pueden ser incluidas en la definición de condición general del art. 1 LCGC y por lo tanto, no entran en el ámbito de aplicación de la Ley (no sólo por su art. 4.II, sino también por el art. 1.2).

Naturalmente, la exclusión del ámbito de aplicación de la LCGC no

(“El ámbito de aplicación de la LCGC”, págs. 212 y 216). Tales argumentos se explican en su comentario a la STS de 30-12-1998, CC/JC 50, 1999, págs. 745-780, concr. págs. 778-780.

¹²⁰ Cfr. Orden de 31 de octubre de 2000 por la que se dispone la publicación del acuerdo de la CDGAE por el que se modifica la oferta de interconexión de referencia de “Telefónica de España, S.A.U., en virtud del artículo 6 del RD-Ley 7/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes en el Sector de las Telecomunicaciones (BOE núm. 262, de 1-11-2000).

¹²¹ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Artículo 1 LCGC” págs. 34 y 35; CUARTERO RUBIO, M.V., “Artículo 4.2” en la misma obra, págs. 129-138, concr. pág. 133.

¹²² Sobre el alcance de estas exclusiones vid. MARÍN LÓPEZ, J.J., “El ámbito...”, págs. 201-217.

significa que el juez no pueda en ningún caso controlar la validez de tales condiciones, en cuanto condiciones contractuales sometidas a los artículos 1255 y 1258 CC.

Por lo que se refiere a las condiciones que reflejen el contenido de las normas contenidas en los Tratados y Convenios en los que España sea parte, así como a las que vengan reguladas por disposiciones generales con rango de ley (imperativa y/o dispositiva), se excluye el control judicial de su contenido. De lo contrario, se atribuiría al juez un papel que no le corresponde. No es competencia del juez controlar el contenido de los Tratados o de las leyes, sino aplicar el Derecho con pleno sometimiento a la Ley (arts. 117.1 CE y 1 y 5.1 LOPJ). Tratándose de condiciones reguladas por normas con rango reglamentario y por aplicación del principio de jerarquía normativa (art. 6 LOPJ), el juez civil puede desconocer el contenido de tales condiciones, si observa que son contrarias a otra norma de rango legal (v.gr. arts. 7.1 o 1258 CC)¹²³.

Por otra parte, *las cláusulas contractuales y condiciones generales aprobadas por la Administración de Telecomunicaciones, -CMT o Ministerio competente¹²⁴-, en ejercicio de su potestad para aprobar o modificar la OIR del operador dominante (arts. 28 LGT, 11.1 y 12 RIN), sí son condiciones generales de la contratación*. La aprobación administrativa no excluye ni la calificación del contenido de lo aprobado como condiciones generales de la contratación, ni el ejercicio por el juez civil de las facultades de control (de incorporación y de contenido) que el Ordenamiento le atribuye sobre este tipo de cláusulas¹²⁵.

Respecto al control de contenido de las condiciones contractuales fijadas

¹²³ Cfr. MARÍN LÓPEZ, J.J., “El ámbito...”, pág. 217.

¹²⁴ La primera OIR de *Telefónica* fue aprobada por OMF de 29-10-1998 por la que se aprueba la oferta de interconexión de referencia formulada por “Telefónica, Sociedad Anónima” con las modificaciones en ella introducidas por la CMT, BOE núm. 261, de 31-10-1998); las sucesivas modificaciones de la OIR han sido aprobadas por la CMT, salvo una modificación realizada en octubre de 2000 por una Orden del Ministerio de la Presidencia [OMP de 31-10-2000 por la que se dispone la publicación del acuerdo de la CDGAE por el que se modifica la oferta de interconexión de referencia de “Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal”, en virtud del artículo 6 del RD-ley 7/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes en el Sector de las Telecomunicaciones (BOE núm. 262, de 1-11-2000)].

¹²⁵ Cfr. DE CASTRO, *Las condiciones generales de los contratos...*, 1985, pág. 15; ALFARO, *Las Condiciones Generales de la Contratación*, pág. 118; MARÍN LÓPEZ, “El ámbito de aplicación de la LCGC”, págs. 191 y 192.

por la Administración, -en este caso, mediante la aprobación o modificación de condiciones generales contenidas en la OIR del operador dominante-, he de reiterar que no es que la jurisdicción civil disponga de competencias para controlar la validez de los actos administrativos de incorporación de condiciones, sino que dispone de competencia para declarar nulas condiciones contractuales (no actos administrativos) incorporadas al contrato privado por una resolución administrativa¹²⁶. El juez civil carece de competencia para declarar ineficaces las resoluciones administrativas, pero sí puede no aplicarlas cuando observe que éstas infringen normas del Ordenamiento de rango superior, como son el artículo 1255 o 1258 CC o el art. 8 LCGC que declara nulas las condiciones preestablecidas por el disponente que causen perjuicio al adherente.

Las condiciones o clausulados impuestos por la Administración no están exentos del control del contenido civil, ni suponen una competencia reservada en favor de la Administración. Pero, al igual que ocurre en otros sectores económicos, tienen eficacia interprivada. Es decir, en tanto superen el control de contenido, estas condiciones forman parte del contrato aunque no se hayan incorporado al mismo materialmente. La parte interesada puede exigir su cumplimiento en vía civil, así como las consecuencias asociadas a la falta de cumplimiento.

Con todo, las consecuencias prácticas de la distinción entre condiciones derivadas del ejercicio de la potestad normativa de la Administración o de su facultad para aprobar o modificar condiciones generales de la contratación no son tan relevantes como en principio cabría esperar. Admitido que cualquier cláusula contractual está sometida al control de contenido realizado por el juez civil, su calificación como condición general de la contratación es sólo relevante para aplicar las peculiaridades propias del control de validez de los contratos de adhesión. Tanto las condiciones contractuales impuestas por un acto administrativo singular o las establecidas imperativamente mediante una norma reglamentaria, aprobada por el Gobierno o por la CMT, están sometidas al control de contenido realizado por el juez civil. En ambos casos, el control de

¹²⁶ Vid. lo dicho respecto al control de contenido de las condiciones fijadas por la CMT en ejercicio de las potestades que le atribuyen los arts. 22.1.II, 22.2.II y 22.3 LGT (*supra* B.2).

contenido no alcanza a declarar ineficaces actos o disposiciones administrativas, pero sí a no aplicarlas cuando conculquen normas de rango superior, como son los artículos 1255 o 1258 CC.

La declaración civil de nulidad de las condiciones contractuales, que reproduzcan el contenido de normas administrativas o que hayan sido aprobadas por un acto administrativo, está sujeta a los límites de la cosa juzgada y no vincula a la Administración de Telecomunicaciones, que podrá seguir imponiendo las mismas condiciones o dictando reglamentos con idéntico contenido.

ii) El contratante de un AGI dispone de la posibilidad teórica de negociar y en su caso, modificar las condiciones de la OIR.

La aceptación de la OIR por el operador solicitante de interconexión tiene carácter discrecional (no para el operador dominante)¹²⁷. Éste dispone de la posibilidad de negociar condiciones alternativas. Por ello, también respecto al resto de condiciones de la OIR que no reproducen el contenido de normas jurídicas es posible cuestionar la concurrencia del requisito de la imposición.

En principio, en este tipo de contrato no se puede negar la existencia de un consentimiento contractual en sentido estricto. A diferencia del adherente a otros contratos con condiciones generales de la contratación¹²⁸, el operador que acepta la OIR sí valora las condiciones de la misma y puede optar entre aceptarlas o negociar condiciones distintas. Además, el solicitante de interconexión puede renunciar a las condiciones de la OIR y negociar individualmente el acuerdo general de interconexión. En cuanto el adherente dispone de la posibilidad de negociar y en su caso, modificar el contenido de la condición, aunque no lo haga realmente, falta el requisito de la imposición¹²⁹.

Sin embargo, a poco que se reflexione se observará que tampoco existe en

¹²⁷ Recuérdese que he calificado la OIR como “Derecho imperativo relativo”.

¹²⁸ Vid. ALFARO, *Las Condiciones Generales*, pág. 127.

¹²⁹ Cfr. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., “Artículo 1 LCGC”, pág. 27.

este ámbito un “auténtico mercado de condiciones generales” y correlativamente, tampoco es posible equiparar la aceptación de la OIR al consentimiento contractual en sentido estricto. Legal y teóricamente, existe la posibilidad de renunciar a las condiciones de la OIR y solicitar la negociación individual del AGI. Pero desde una perspectiva práctica, la opción negocial más racional es la de aceptar las condiciones de la OIR. El operador que no lo hace se arriesga 1º) a que el operador dominante se niegue a negociar condiciones alternativas, lo que ocasiona un retraso en la obtención de la interconexión y correlativamente, un perjuicio patrimonial, en la medida en que su acceso al mercado está fuertemente condicionado por la obtención de la interconexión con este operador; 2º) a que ante la natural negativa u obstaculización del operador dominante a negociar condiciones distintas a las de la OIR, acabe interviniendo la CMT, quien, por regla general, fija como condiciones de interconexión las previstas en la OIR. Dadas las circunstancias del mercado, el operador solicitante de interconexión carece de expectativas razonables de lograr “evitar la aplicación” de las condiciones generales u obtener su modificación y a la vez, celebrar el contrato. Como en los demás contratos con condiciones generales de la contratación, las condiciones de la OIR se ofrecen a los operadores solicitantes en términos de “lo toma o lo deja”.

Se revela así que si bien la aceptación de la OIR no es imperativa para el operador solicitante de interconexión, fácticamente es la opción más racional y la que le reporta un menor coste. Dicho de otro modo, la renuncia a las condiciones de la OIR y la solicitud de condiciones distintas no es una alternativa razonablemente disponible por dos razones: 1º) El solicitante de interconexión no puede dirigirse a otros empresarios para obtener el mismo servicio (la interconexión con la red a la que está abonado el mayor número de usuarios) en mejores condiciones¹³⁰; 2º) la renuncia a las condiciones de la OIR conlleva un perjuicio superior al que implica su aceptación (dilación en la obtención de la interconexión y en último extremo, aplicación de tales condiciones por la

¹³⁰ Sobre la conveniencia de extender el control de la predisposición contractual en forma de condiciones generales por la ausencia de competencia efectiva en el mercado cfr. BADENAS CARPIO, J.M., “Artículo 2”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, págs. 37-92, concr. págs. 55 y 56; y bibliografía allí citada.

resolución de la CMT).

En *conclusión*, las condiciones recogidas en la OIR del operador dominante e incorporadas a los Acuerdos Generales de Interconexión, que no reproducen el contenido de una norma jurídica, son condiciones generales de la contratación. Esto es, condiciones contractuales predispuestas por el operador dominante e impuestas a los operadores contratantes de interconexión (art. 1.1 LCGC), salvo que el predisponente (operador dominante) pueda probar su negociación individual (por analogía, art. 10 bis LGDCU). La concreción individual de ciertos aspectos de la OIR¹³¹ o la modificación de determinados elementos de una cláusula para ser incorporada a un Acuerdo General de Interconexión no excluye la aplicación de la LCGC al resto de dicho Acuerdo (art. 1.2 LCGC).

iii) *Las condiciones de la OIR contienen elementos esenciales del contrato. En concreto, la prestación característica del contrato (los servicios de interconexión) y el precio pagado por la misma [cfr. apdos. 2, 5 y 6 (servicios de interconexión) y anexo 2 (precios) de la OIR de Telefónica, S.A.U para operadores con licencia de tipo A y B, junio 2000].*

La doctrina no es unánime respecto a la calificación como condiciones generales de la contratación de aquéllas que determinan los elementos esenciales del contrato.

Para un sector doctrinal, las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato, aún cuando se trate de cláusulas prerredactadas, no son condiciones generales de la contratación en sentido legal¹³². No cabe calificar éstas como condiciones “impuestas”, porque sobre ellas el aceptante ha emitido su consentimiento contractual, en sentido estricto, ya que ha existido una valoración

¹³¹ Sobre la necesidad de concreción de los términos de la OIR para su incorporación a un Acuerdo General de Interconexión vid. *supra* Capítulo III, 5.3.B.b.

¹³² ALFARO, *Las condiciones generales*, pág. 138; EMPARAZA, “La Directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el Ordenamiento español”, *RDM*, 1994, págs. 472 y 473.

de su contenido¹³³. De no existir el consentimiento contractual en sentido estricto (la adhesión no equivale a consentimiento contractual¹³⁴), el contrato es nulo por ausencia de los elementos esenciales del art. 1261 CC¹³⁵.

Sin embargo, basándose en el tenor literal de nuestra LCGC, en concreto de sus arts. 1.1 y 9.2, otro sector de la doctrina admite que también son condiciones generales aquéllas que contienen elementos esenciales del contrato¹³⁶.

En lo que no existe discrepancia doctrinal es en admitir que *las cláusulas contractuales que determinan los elementos esenciales del contrato, en particular el precio, no están sometidas al control de contenido de las condiciones generales de la contratación*. En este ámbito rige la autonomía privada, siempre que las cláusulas hayan podido ser conocidas y aceptadas por el adherente (control de incorporación). El juez no puede declarar la nulidad del precio por considerarlo “injusto” o “abusivo”, en contra de las exigencias de la buena fe. El control de contenido o declaración del carácter abusivo de las condiciones generales pretende garantizar el equilibrio entre los derechos y obligaciones derivados del contrato para ambas partes, en favor del adherente. Pero no asegurar un “precio justo”. La doctrina más autorizada entiende que ello sería contrario al sistema constitucional de economía de mercado y a la libertad de empresa¹³⁷.

¹³³ Debe recordarse que en la tesis defendida por ALFARO, el fundamento del control de contenido de las condiciones generales de la contratación radica en la ausencia de autodeterminación (bilateral) en la adhesión. Sólo es posible hablar de condiciones generales cuando quepa esperar que el aceptante no ha tenido en cuenta el contenido de éstas a la hora de valorar si contrata o no (*vid. Las condiciones generales de la contratación*, págs. 80 y ss).

¹³⁴ Cfr. ALFARO, *Las condiciones generales*, pág. 56; y del mismo autor, “El Derecho de las condiciones generales y las cláusulas predispuestas”, *RJC* 2000, pág. 11.

¹³⁵ ALFARO, *Las condiciones generales*, pág. 140; “El Derecho de las condiciones generales...”, pág. 13.

¹³⁶ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Artículo 1 LCGC”, pág. 34. El citado autor justifica su posición en los arts. 1.1 y 9.2 de la Ley. El art. 1.1 dispone que “son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia [...] de cualesquiera otras circunstancias...”; el art. 9.2 prevé la posibilidad de que la nulidad o no incorporación de las condiciones generales afecte a “uno de los elementos esenciales del mismo (contrato) en los términos del artículo 1261 del Código Civil”.

¹³⁷ Cfr. BERCOVITZ, “Artículo 1 LCGC”, pág. 763 y 765; ALFARO, *Las condiciones generales*, pág. 141 y en “El Proyecto de Ley...”, *RDBB*, núm. 67, 1997, pág. 897.

Aplicado a los acuerdos de interconexión, implica que el juez no puede valorar si el precio es abusivo por ocasionar un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

Cuestión distinta es el control de precios por vulneración de las normas imperativas definitorias de los mismos. En relación con los precios fijados por una norma imperativa (v.gr. por servicios de interconexión para llamadas metropolitanas), la autonomía privada se encuentra limitada por la intervención del Estado, que, en ausencia de un mercado fácticamente libre, interviene fijando los precios. Esta intervención estatal limitadora de la autonomía privada se justifica no sólo en la tutela del interés público en fomentar la competencia en el mercado de las telecomunicaciones, sino que también es una norma de protección de los nuevos operadores que están en una situación de parte “débil” de la contratación. Por ello, y siempre que los tribunales no apliquen aquí la ya conocida jurisprudencia de la *incomunicación* entre la reglamentación administrativa y la validez civil de los acuerdos adoptados en contravención de esa reglamentación, el juez ha de comprobar si el precio supera el límite legal y en su caso, sustituir el precio acordado por el fijado por la norma (nulidad parcial *ex art. 6.3 CC in fine*). Pero esta actuación judicial no se justifica en el control de contenido de las condiciones generales de la contratación (art. 8 LCGC), sino en el control de conformidad de los actos autónomos al Ordenamiento (arts. 6.3 y 1255 CC)¹³⁸.

El juez no puede declarar la nulidad de la cláusula que fije el precio por considerar que contiene un desequilibrio en perjuicio de los contratantes. Pero sí puede declararlo nulo, cuando en su determinación se hayan vulnerado los límites a la libertad contractual del art. 1255 CC. En particular, esto ocurre: *i*) cuando se aplican precios discriminatorios a los distintos operadores solicitantes de interconexión, en contra de lo exigido por el Derecho de las telecomunicaciones (cfr. arts. 22.4 LGT y 9.1 RIN¹³⁹); *ii*) cuando en la fijación del precio se ha incurrido en un abuso de posición de dominio prohibida por el art. 6 LDC; o *iii*) el

¹³⁸ Vid. ALFARO, *Las condiciones generales*, pág. 141, nota 69; FLUME, *El negocio...*, págs. 416 y 417.

¹³⁹ Vid. lo dicho en el Capítulo III respecto al principio de no discriminación como elemento de integración contractual.

precio fijado es el efecto de una práctica restrictiva de la competencia (v.gr. acuerdo de fijación de precios) contraria al art. 1.1 a) LDC. No se vulneran los límites del art. 1255 cuando el precio es “injusto”, pues en el sistema de economía de mercado, el parámetro de buena fe que limita la libertad contractual no obliga a fijar precios “justos”.

En *conclusión*, a salvo de lo dicho respecto a las condiciones de la OIR que reproducen el contenido de normas jurídicas (imperativas o dispositivas) y de aquéllas que fijan los elementos esenciales del AGI, el resto de *condiciones contenidas en la OIR son condiciones generales de la contratación*.

Obviamente, cuando estas condiciones se incorporan a un AGI quedan incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 7/1998. El juez civil puede declarar la no incorporación al acuerdo (art. 7), así como su nulidad (art. 8) y con los efectos previstos en la norma (art. 10).

Junto a las condiciones predisuestas, es posible que el acuerdo general de interconexión contenga condiciones negociadas individualmente que o bien concretan los términos de la OIR o bien se introducen *ex novo*. Naturalmente, esta negociación individual de cláusulas no excluye la aplicación de la LCGC (art. 1.2).

3.4. Atribuciones del juez civil sobre la interpretación y ejecución del acuerdo de interconexión y de la resolución de la CMT, en cuanto reglas que regulan la relación jurídico-privada de interconexión. Límites a la aplicación del Derecho privado.

A) Consideraciones generales.

Desde una perspectiva económica, siempre resulta más eficiente la regulación de las relaciones jurídicas por la voluntad de aquéllos que son partes en las mismas que su regulación por mecanismos ajenos a ellos¹⁴⁰. Pero desde una perspectiva jurídica, el acuerdo de interconexión y la resolución de la CMT desempeñan la misma función. Aunque proceden de fuentes diferentes (la autonomía privada y la voluntad soberana del Estado ejercida a través de la Administración, en particular la CMT), ambos son el instrumento de constitución y reglamentación de la relación jurídico-privada de interconexión. Por el acuerdo o la resolución, se concreta el deber genérico de interconexión y se constituye un vínculo obligatorio (derecho-deber) entre dos operadores de redes y servicios públicos de telecomunicaciones. Tanto el acuerdo como la resolución administrativa crean una relación obligatoria sinalagmática en la que los operadores están obligados a prestaciones recíprocas de dar, hacer, no hacer o soportar. Acuerdo y resolución concretan la obligación genérica e interconexión impuesta por la LGT (art. 22.1)¹⁴¹ y disciplinan, jurídica y económicamente, la relación obligatoria cuyo objeto es la conexión física y funcional de las redes y servicios públicos de telecomunicaciones. En definitiva, concretan las condiciones técnicas y económicas de la interconexión.

Una vez constituida la relación jurídico-privada de interconexión como

¹⁴⁰ Resultan aquí ilustrativas las palabras de FLUME acerca de las bondades del contrato, quien a su vez recoge la doctrina formulada por SCHMIDT-RIMPLER: “A menudo se enseña que el contrato encarna en sí mismo una garantía de justicia: puesto que los intereses en cuestión deben ser garantizados recíprocamente por los contratantes, su cooperación en la configuración contractual de relaciones jurídicas conduce a ‘una composición de los intereses opuestos en el sentido de lo justo’ (FLUME, W., *El Negocio Jurídico*, págs. 30 y 31.

¹⁴¹ Entiéndase aquí “obligación de interconexión” en el sentido de deber genérico y abstracto de proveer interconexión impuesto por la LGT a todos los operadores de redes o servicios públicos de telecomunicaciones (vid. supra Capítulo II, epígrafe 2, 1ª acepción).

una obligación exigible *inter partes* y sin perjuicio de las funciones de la CMT para resolver conflictos, el juez civil es competente para conocer de los conflictos de interconexión derivados de la interpretación y ejecución del acuerdo o de la resolución administrativa. En cuanto fuentes inmediatas de la obligación de interconexión, acuerdo y acto administrativo tienen un elemento en común: su eficacia interprivada, ambos crean obligaciones entre los particulares. Sin perjuicio de ulteriores matizaciones, que la fuente de estas obligaciones sea el acuerdo o el acto administrativo, sólo es relevante para comprobar la validez de la fuente y declarar, en su caso, su nulidad. Pues de ello depende que la valoración se lleve a cabo conforme al Derecho Administrativo o al Derecho de los Contratos o que sea competente para la declaración de nulidad la jurisdicción civil o la contencioso-administrativa. Superado este “control de validez”, a la relación jurídica constituida por el acuerdo o la resolución administrativa es aplicable el Derecho privado¹⁴², en los términos que se exponen en los epígrafes siguientes. Las obligaciones de interconexión nacidas del acuerdo o de la resolución se regirán en primer lugar por el acto constitutivo de las mismas, por la LGT y sus normas de desarrollo y en lo no previsto, por los preceptos del Código Civil que configuran la Teoría General de las Obligaciones (arts 1088 y ss), por remisión de los arts. 4.3 y 1090 CC. Correlativamente, corresponde al juez civil la tutela de los intereses privados en el cumplimiento del acuerdo o acto administrativo que constituyen y regulan la relación obligatoria de interconexión, cuya prestación característica es la de facilitar (proveer y soportar) la conexión física y funcional de redes y servicios públicos de telecomunicaciones, de forma que se logre la interoperabilidad de los servicios y se posibilite a los usuarios el acceso a los servicios de telecomunicaciones prestados por terceros competidores.

He de insistir en la idea que sirve de base a toda esta argumentación. Y es que afirmar que del acto administrativo nacen obligaciones de Derecho privado no supone ni innovar ni violar el art. 1089 CC, en cuanto reconoce como únicas fuentes de las obligaciones la ley y la autonomía privada. El acto administrativo crea obligaciones de Derecho privado porque existe una habilitación legal expresa

¹⁴² Cfr. FLUME, *El negocio*, pág.73.

en favor de la CMT, que le faculta para dictar actos administrativos que actualizan y concretan el deber genérico de interconexión del art. 22.1 LGT y lo convierten en una obligación exigible en las relaciones interprivados¹⁴³. Es la LGT la fuente (mediata o indirecta) de la obligación y el acto administrativo es la fuente (inmediata o directa). En ausencia de esta habilitación legal, los actos administrativos de la CMT carecerían de esta eficacia interprivada.

Antes de analizar las peculiaridades del cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones de interconexión nacidas del acuerdo o de la resolución administrativa y las matizaciones o limitaciones en la aplicación del Derecho privado, conviene hacer algunas consideraciones respecto a la trascendencia pública y privada del cumplimiento e incumplimiento de estas obligaciones.

B) Doble relevancia del incumplimiento de obligaciones de interconexión.

A lo largo de este estudio, he afirmado reiteradamente que la interconexión satisface intereses públicos y privados. Correlativamente, el cumplimiento de las obligaciones de interconexión, -entendidas como obligaciones entre privados¹⁴⁴-, se ha de garantizar tanto por procedimientos de Derecho Público como por procedimientos de Derecho privado. Dicho en otros términos, *la vulneración de la regla de conducta constituida por el acuerdo de interconexión o por la resolución de la CMT que exige la interconexión efectiva y en su caso, establece las condiciones de la misma, despliega efectos en el ámbito del Derecho público (sanciones administrativas) y en el ámbito del Derecho privado (“sanciones” civiles). Es doblemente relevante.*

De la “doble relevancia” del incumplimiento de los acuerdos o resoluciones de interconexión se derivan las siguientes consecuencias:

i) Naturalmente, el incumplimiento del acuerdo de interconexión

¹⁴³ Vid. Capítulo II, epgr.5.

¹⁴⁴ Cfr. Capítulo II, epgr. 4, acepción 4ª.

constituye un incumplimiento contractual. El perjudicado por el incumplimiento (operador contratante de interconexión) puede utilizar ante un órgano de la jurisdicción civil “los remedios del acreedor” de los que dispone cualquier contratante: acción de cumplimiento específico a costa del deudor o por equivalente (arts. 1096, 1098 y 1099 CC), de resolución del acuerdo, si la gravedad del incumplimiento tiene entidad resolutoria (art. 1124 CC) y/o exigir el resarcimiento de los daños que el incumplimiento le haya ocasionado, si el incumplimiento es imputable al deudor (art. 1101 CC)¹⁴⁵.

ii) *El incumplimiento del contrato puede constituir también una infracción administrativa por incumplimiento de obligaciones en materia de interconexión (art. 79. 10 LGT).* El incumplimiento será sancionado por la CMT, mediante previa instrucción, resolución o requerimiento suyo, o por el Ministerio de Ciencia y Tecnología, a través de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información en los demás casos (cfr. arts. 82.1 y 84 LGT y art. 1.dos.2.1 Ley 12/1997). La sanción podrá consistir en una multa (art. 82.1.A LGT) y, en función de las circunstancias, en la revocación del título habilitante (art 82.3.B LGT)¹⁴⁶.

No obstante, no todo incumplimiento contractual constituye una infracción administrativa del tipo indicado. Esto sólo ocurre cuando el incumplimiento lesiona el interés público en la interconexión.

El supuesto de hecho típico se define de forma imprecisa en el art. 79.10

¹⁴⁵ Como es sabido, las funciones de estos remedios es la de asegurar el equilibrio entre las prestaciones de los recíprocamente obligados, tutelar la condición de respectiva paridad de partes y salvaguardar la correlación entre el sacrificio de cada parte y el buen éxito de sus expectativas; la tutela resarcitoria, articulada a través de la acción de daños, permite garantizar a la parte que ha cumplido correctamente el equivalente pecuniario de los daños ocasionados y de la utilidad perdida por el incumplimiento de la otra parte.

¹⁴⁶ Sobre el régimen de infracciones y sanciones en el Derecho de las Telecomunicaciones y sus peculiaridades respecto al Derecho administrativo sancionador vid. CARRASCO PERERA, en ARPÓN DE MENDÍVIL, CARRASCO, A. Y CRESPO M., “La Administración de Telecomunicaciones”, apdo. III, págs. 858-886; MAYOR MENÉNDEZ, P., “Inspección y régimen sancionador”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y DE LA QUADRA-SALCEDO, T (Coord), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, págs. 659-709.

LGT. El precepto se refiere al incumplimiento, por las personas físicas o jurídicas autorizadas para explotar redes públicas de telecomunicaciones o para prestar servicios de telecomunicaciones accesibles al público, de “las obligaciones en materia de interconexión a las que estén sometidas por la vigente legislación”. Como se explicó en el Capítulo segundo (epígrafe 5), la LGT sólo somete a los operadores a un deber genérico y abstracto de proveer interconexión o de soportar y facilitar la conexión a sus redes de las redes de terceros operadores (acepción 1ª). El “incumplimiento” de este deber (la negativa a proveer interconexión) carece de trascendencia sancionatoria en la legislación sectorial, sin perjuicio de las posibles sanciones derivadas de la comisión de un ilícito competencial¹⁴⁷. El efecto jurídico propio de este “incumplimiento” es el de justificar la intervención de la CMT exigiendo la interconexión y en su caso, imponiendo condiciones a la misma (art. 22.3 LGT). Sólo cuando este deber genérico se ha concretado por medio del acuerdo de interconexión o de la resolución de la CMT, su incumplimiento es sancionable. Hasta entonces no concurre el hecho tipificado por el art. 79.10 LGT, pues no existe un incumplimiento de las obligaciones a las que estén sometidos los operadores “por la vigente legislación”¹⁴⁸.

Si la fuente inmediata de la obligación de interconexión es la resolución de la CMT, el incumplimiento de cualquiera de los contenidos de la misma (v.gr. plazos de realización de pruebas, precios y servicios de interconexión...etc.) constituye una infracción administrativa no sólo por la aplicación del citado art. 79.10 LGT, sino también conforme al art. 79.15 de la Ley. Éste tipifica como infracción administrativa muy grave, “el incumplimiento de las instrucciones dictadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento

¹⁴⁷ Cfr. Cap. II, epígr. 5.3.

¹⁴⁸ Insisto en que la “vigente legislación” sólo somete al conjunto de los operadores a los siguientes deberes: i) el deber de proveer interconexión, cuando así lo exija una resolución de la CMT o un acuerdo celebrado autónomamente, que concreten el deber genérico del artículo 22.1 LGT; ii) el deber de cumplir las resoluciones de la CMT (arts. 22.3, 5.9 y 5.11 Orden de Licencias Individuales y arts. 10.10 y 10.12 Orden de Autorizaciones Generales), cuya infracción está expresamente tipificada en el artículo 79.15 LGT. Tratándose del operador dominante, éste está también obligado a orientar a costes los precios de interconexión (art. 26 LGT) y a las demás obligaciones estipuladas por el artículo 9 RIN.

arbitral, previo sometimiento voluntario de las partes”¹⁴⁹.

Cuando la fuente de la obligación es el acuerdo de interconexión, no puede afirmarse que todas las “obligaciones de interconexión” constituidas por él sean relevantes a los efectos del art. 79.10 LGT. Pero tampoco puede afirmarse la proposición contraria. No cabe pensar que todas las obligaciones constituidas por él son irrelevantes a los efectos del art. 79.10 LGT.

Sí es relevante a estos efectos la obligación cuya prestación característica es la de conectar las redes y aquella otra cuyo objeto es prestar los servicios de interconexión pactados (prestaciones de hacer). Esto significa que si uno de los operadores se niega a conectar su red o a prestar servicios de interconexión en los términos acordados, su conducta constituye simultáneamente un ilícito civil (incumplimiento contractual) y una infracción administrativa (art. 79.10 LGT)¹⁵⁰. Por el contrario, a pesar de ser “obligaciones de interconexión”, en cuanto nacen de un acuerdo de interconexión, no son relevantes a los efectos del art. 79.10 LGT la obligación de pagar el precio pactado; la de ajustar los procedimientos de facturación a lo pactado o la de cumplir los plazos fijados en el acuerdo. En otros términos, sólo es “administrativizable” la prestación característica de facilitar interconexión (soportar y proveer la conexión física y funcional de las redes de terceros), pero no lo es la de pagar por ella, ni tampoco las prestaciones accesorias a esa prestación característica.

La razón de la distinción obedece a los intereses tutelados por la norma y lesionados por el incumplimiento. Obviamente, la tipificación de una conducta

¹⁴⁹ Sin perjuicio de un estudio más detallado, no creo que los mismos hechos pueden ser doblemente sancionados con fundamento en los arts. 79.10 y 79.15 LGT. Un pronunciamiento sobre esta cuestión exige el análisis de las implicaciones del principio *non bis in idem* en este ámbito. No abordaré tal estudio, pues excede del objeto de este trabajo, que pretende centrarse en las cuestiones de Derecho privado relativas a la interconexión de redes y servicios públicos de telecomunicaciones.

¹⁵⁰ Puede constituir también un abuso de posición de dominio [art. 6.2.c) LDC]. La denegación de suministro de bienes o servicios no siempre se manifiesta en una negativa a contratar. El operador puede aceptar la contratación y posteriormente negar la provisión de los bienes o servicios, conforme a lo pactado en el contrato. En ambos casos, es aplicable el Derecho de la Competencia y las sanciones civiles y administrativas previstas para la comisión de ilícitos competenciales.

como infracción administrativa sancionable responde a un propósito del legislador de tutelar un interés público. En concreto, el interés en la interconexión de las redes y la interoperabilidad de los servicios públicos de telecomunicaciones. Por ello, se puede afirmar que *sólo el incumplimiento de obligaciones que lesiona directamente el interés general en la interconexión constituye una infracción administrativa del art. 79.10 LGT*. Si el incumplimiento *lesiona directamente el interés privado de los operadores en el cumplimiento del contrato y sólo indirectamente perjudica al interés general, éste constituye un ilícito privado sancionable en vía civil, pero no una infracción administrativa*¹⁵¹.

La regla que se acaba de mencionar es sólo orientativa y exige una aplicación casuística. Naturalmente, lesiona *directamente* el interés público en la interconexión la falta absoluta de conexión de las redes o la negativa a proveer los servicios de interconexión pactados; pero también puede perjudicar *directamente* al interés público la provisión defectuosa de interconexión (v.gr. interrupciones e interferencias, limitada a ciertos servicios o a ciertos operadores...etc). El incumplimiento de otras obligaciones contractuales (v.gr. intercambio de información, coubicación de equipos o incluso el pago del precio) perjudica sólo indirectamente el interés general en la interconexión y por ello, no constituye infracción administrativa. No obstante, no quiere decirse que el incumplimiento de estas “otras obligaciones” derivadas del acuerdo, accesorias a la prestación característica o contraprestación a la misma, sea completamente irrelevante desde la perspectiva del interés público. Se ha de distinguir entre el acto de violación de la regla contractual y los efectos jurídicos derivados de ese acto. El incumplimiento de la obligación de pagar el precio es un ejemplo útil para ilustrar lo que afirmo.

¹⁵¹ El incumplimiento no administratizable al que se refiere al texto comprende aquellas conductas que quedan en el ámbito de lo privado. La falta de trascendencia en el ámbito público excluye la antijuridicidad (material) del incumplimiento, en cuanto éste no lesiona bienes jurídicos tutelados a través del Derecho administrativo sancionador. En palabras de REBOLLO PUIG, M., “debe tenerse en cuenta que a la actividad administrativa que aquí se despliega (se refiere a la actividad sancionadora) le incumbe sólo, [...], lo que tiene una repercusión pública, para ‘el público’, siéndole indiferente aquello que no trascienda del ámbito privado o estrictamente doméstico” (“Comentario al art. 32 LGDCU”, en BERCOVITZ, R. Y SALAS, J., *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Civitas. Madrid, 1992, págs. 837-880, concr. pág. 846).

En principio y a pesar de la importancia de esta obligación, la falta de pago del precio es una obligación puramente privada. El operador que deja de pagar el precio pactado incumple el acuerdo de interconexión (vulneración de la regla contractual). Pero éste es un ilícito privado que ha de ser resuelto en sede civil (o por la CMT ex art. 25 LGT). No es función de la Administración “garantizar” que los privados “pagan” los precios de los servicios que les prestan otros particulares. Sin embargo, aplicando las reglas civiles, la falta de pago es un incumplimiento contractual que justifica la resolución del contrato (art. 1124 CC) y por ende, la desconexión de la red (efecto derivado de la vulneración de la regla contractual). Llegados a este punto, no se puede sostener cómodamente que el incumplimiento de la obligación de pagar el precio es una obligación privada e intrascendente para el interés público en la interconexión. Para seguir sosteniendo esto es preciso distinguir con nitidez el incumplimiento de la regla contractual (la falta de pago) y el efecto que de ésta puede derivarse (la desconexión de las redes por la resolución del vínculo contractual). La falta de pago no perjudica al interés público, pero dicho interés sí resulta perjudicado por la desconexión de la red, que es un efecto derivado del incumplimiento del contrato. Frente a esta lesión al interés público, el Ordenamiento puede reaccionar imponiendo una sanción (art. 79.10 LGT). En su caso, la sanción administrativa no se impone por el incumplimiento del contrato (falta de pago), sino por el incumplimiento de la prestación característica consistente en facilitar (proveer y soportar) la interconexión. No siempre la falta de pago da lugar a la resolución del contrato o más aún, puede que aunque se produzca la resolución del contrato, ésta no llegue a materializarse en la desconexión de las redes (v.gr. la CMT dicta y ejecuta una resolución que exige la interconexión efectiva). En estos supuestos, hay incumplimiento contractual y el acreedor de la prestación puede exigir judicialmente su cumplimiento y en su caso, el resarcimiento del daño derivado del incumplimiento, pero no hay infracción administrativa en cuanto se cumple la prestación característica¹⁵².

Existe una forma de que cualquier incumplimiento de las obligaciones de interconexión, nacidas del contrato, sea “administrativizable” a efectos de imposición de una sanción administrativa. La vía es plantear el conflicto ante la CMT (art. 25 LGT). Por este procedimiento público, el órgano administrativo resuelve un conflicto interprivados mediante un acto administrativo, en el que se impone coactivamente el cumplimiento del contrato o de las condiciones sustitutivas dadas por la CMT. El incumplimiento de este acto administrativo es sancionable no por la vía del art. 79.10 LGT, sino por el art. 79.15 LGT. Pero la

¹⁵² El problema de la resolución del contrato y la desconexión de las redes será analizado posteriormente con mayor detalle.

exclusiva utilización de la vía administrativa no satisface la pretensión de pago del acreedor. Sin perjuicio de la posible calificación de la falta de pago como infracción administrativa *ex art. 79.15 LGT*, el acreedor que pretenda el pago debe plantear una pretensión de dar ante un órgano de la jurisdicción civil (art. 1096.II CC). Como después se expondrá, la Administración y en concreto, la CMT no es el órgano competente para depurar este tipo de pretensiones.

iii) El incumplimiento de la resolución administrativa que exige la interconexión efectiva de las redes constituye una infracción administrativa (art. 79.15 LGT) y simultáneamente, un “ilícito obligacional” de Derecho privado. Éste justifica el ejercicio de una pretensión resarcitoria (art. 1101 CC), siempre que se haya causado un daño al otro operador y el incumplimiento sea imputable al deudor.

La resolución de la CMT que exige la interconexión efectiva es un acto administrativo de eficacia interprivada. A las relaciones creadas por este tipo de actos es aplicable el Derecho privado, al menos en lo que se refiere al resarcimiento de los daños derivados del incumplimiento del acto constitutivo de la obligación (*obligaciones de eficacia interprivada imperfecta*)¹⁵³.

El acto administrativo crea un vínculo obligacional entre dos operadores, obligados recíprocamente a prestaciones de dar, hacer o no hacer, análogo al que se hubiera constituido si hubieran celebrado autónomamente un acuerdo de interconexión. Obviamente, la CMT puede (y debe) comprobar el cumplimiento y en su caso, sancionar el incumplimiento de estos actos administrativos (art. 79.15 LGT). Pero también cada uno de los operadores destinatarios del acto puede patrimonializar su cumplimiento ante la jurisdicción civil, al menos mediante el ejercicio de una pretensión resarcitoria. Mayores dificultades se plantean en cuanto a las posibilidades de patrimonializar el cumplimiento del acto administrativo mediante el ejercicio de pretensiones de cumplimiento. Estas cuestiones serán analizadas en el subepígrafe dedicado a examinar las

¹⁵³ Cfr. Cap. II, epígrs. 4.4 y 5.2.

consecuencias civiles del incumplimiento de las obligaciones de interconexión nacidas de la resolución de la CMT.

iv) Por último, *cabe reconocer a los usuarios perjudicados por la falta de interconexión una acción civil de resarcimiento, cuando sus intereses queden perjudicados como consecuencia del incumplimiento de obligaciones de interconexión*, ya provengan éstas del acuerdo de los operadores o de la resolución de la CMT. La atribución de dicha acción no responde a la consideración de estos terceros como “acreedores de interconexión”, -que no lo son, pues sólo se les habilita para solicitar la intervención de la CMT a efectos de inicio del procedimiento administrativo al que se refiere el artículo 22.3 LGT-, sino en cuanto el acto pueda constituir una práctica restrictiva de la competencia y lesiva de sus intereses (cfr. art. 19 LCD y arts. 6.º, 11, 15 LEC).

C) *Cumplimiento e incumplimiento de obligaciones de interconexión. En particular, de la prestación de interconexión, en cuanto prestación compleja.*

El objeto de los epígrafes siguientes es elaborar el régimen jurídico del cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones de interconexión nacidas del acuerdo de los operadores o de la resolución de la CMT. Se prestará particular atención a aquello que supone una especialidad respecto al régimen general del cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones.

En la práctica, mientras los operadores cumplen los términos en los que ha quedado constituida la obligación, ya sea por el acuerdo de los operadores o por la resolución de la CMT, no existen diferencias apreciables entre el régimen jurídico de la relación constituida por una u otra fuente. Las diferencias se detectan cuando se incumple el acuerdo o la resolución. Las consecuencias jurídicas del incumplimiento del acuerdo de interconexión o de la resolución de la CMT en la que se exige la interconexión no son idénticas.

Como el resto de obligaciones, las obligaciones de interconexión, -nacidas del acuerdo de los operadores o de la resolución de la CMT-, se cumplen cuando el deudor (operador obligado a proveer interconexión) cumple el programa de prestación configurado por el acto constitutivo de la obligación (acuerdo o acto administrativo). El deudor queda liberado si cumple las prestaciones debidas (de dar, hacer o no hacer) en el modo, tiempo y condiciones fijadas en el contrato o en el acto administrativo.

La obligación de interconexión es una obligación compleja. Su contenido está constituido por una prestación característica, prestaciones que “modulan” el ejercicio de esta prestación y por prestaciones accesorias. El deudor de interconexión cumple su obligación de interconexión, si cumple las diversas prestaciones que la integran. Si deja de cumplir alguna de estas prestaciones o no las ejecuta conforme al programa prestacional, incumple la obligación de interconexión.

En los casos en los que la relación se ha constituido por contrato, -no en los que se ha constituido por acto administrativo [cfr. *infra* F)]-, la distinción entre unas y otras prestaciones es relevante para determinar cuándo el incumplimiento de “obligaciones de interconexión” tiene entidad resolutoria conforme al art. 1124 CC.

La prestación característica es facilitar (proveer y soportar) la conexión física y funcional de las redes, a cambio de un precio y de forma que se logre la interoperabilidad de los servicios (comunicación del conjunto de usuarios de los servicios de telecomunicaciones) y el acceso a los servicios prestados por otros operadores, distintos a los que proveen el acceso físico a la red.

El operador obligado, en virtud del acuerdo o de la resolución, a facilitar la interconexión está también obligado a configurar sus redes de forma apta para la interconexión, a desplegar el número de puntos de interconexión estipulados, a suministrar la información técnica necesaria, a realizar el transporte real y eficiente de las llamadas y a abstenerse de realizar cualquier actuación que

obstaculice la conexión. Éstas no son meras prestaciones u obligaciones accesorias. Son elementos integrantes de la prestación principal, cuyo incumplimiento tiene eficacia resolutoria, en cuanto frustra las expectativas del acreedor en obtener la conexión física y funcional de sus redes.

Por último, junto a la prestación característica y las prestaciones “inherentes” a su cumplimiento, del acuerdo o de la resolución pueden derivar obligaciones accesorias (v.gr. deberes de información sobre abonados o sobre facturación, deberes de confidencialidad, ubicación de equipos...etc). El incumplimiento de estos deberes (accesorios) no implica un incumplimiento de la prestación característica, sino un cumplimiento defectuoso del programa de prestación configurado por el acto constitutivo de la obligación. Por ello, el incumplimiento de deberes accesorios no justifica la resolución del contrato conforme al art. 1124 CC. Sin perjuicio, de que los propios operadores hayan acordado dotar de eficacia resolutoria al incumplimiento de estas prestaciones accesorias¹⁵⁴.

D) Modalidades de incumplimiento de la prestación de interconexión.

En un sentido amplio y conforme al art. 1101 CC, incumple quien de “cualquier modo” contraviniera el tenor de las obligaciones que le incumben. Es “incumplimiento” de la obligación todo comportamiento que no constituya un cumplimiento exacto de las prestaciones objeto de la obligación (prestaciones de hacer técnico, no hacer y soportar), tal y como ha sido descrita en el programa de prestación configurado por el acto de constitución de la relación obligatoria (acuerdo o acto administrativo).

Como en cualquier otra obligación, el incumplimiento de la obligación de interconexión (prestación de hacer técnico) puede presentar las siguientes modalidades:

¹⁵⁴ Cfr. SSTs de 18-12-1956 (RJ 1957); de 23-11-1964 (RJ 5453); 8-5-1965 (RJ 2519); de 24-2-1966 (RJ 1533); de 4-5-1972 (RJ 2127); 30-3-1976 (RJ 1477); 4-4-1990 (RJ 2694).

i) *Incumplimiento total.* Esto es, una pura y simple inejecución, definitiva o temporal de la prestación característica debida (arts. 1096, apdos 1 y 2 y 1098 CC) o una ejecución de lo prohibido (art. 1099 CC). Son de este tipo la negativa a proveer la conexión física o funcional; la adopción de especificaciones técnicas en la propia red que impiden al operador interconectado la prestación de servicios de telecomunicaciones por dicha red o la negativa a desplegar puntos de interconexión en los términos acordados o establecidos en la resolución de la CMT.

ii) *Cumplimiento defectuoso de la prestación característica,* en cuanto prestación de hacer técnico (art. 1098.II CC). Son ejemplos de esta modalidad de incumplimiento la prestación del servicio de interconexión con deficiencias técnicas, tales como interrupciones o interferencias; o el encaminamiento ineficiente del tráfico, de modo que se incrementan los costes.

El incumplimiento defectuoso comprende también el *cumplimiento tardío* o fuera del plazo estipulado (ej. se retrasa el despliegue de puntos de interconexión o la realización de las pruebas técnicas previas a la interconexión o no se proporciona la conexión física en el término estipulado).

iii) *Cumplimiento parcial o incompleto de la prestación característica* (arts. 1157 y 1169 CC). Concorre esta forma de incumplimiento cuando se suministran de forma parcial los servicios de interconexión comprometidos¹⁵⁵, o se despliega un número de puntos de interconexión inferior al establecido en el contrato o acto administrativo.

¹⁵⁵ Por ejemplo, se provee el servicios de interconexión de acceso, pero no el de terminación; se provee el servicio de terminación en la red de cierto operador, pero no en las de todos los operadores, con los que no se llega a acuerdos de interconexión en tránsito, según lo pactado.

iv) *Inejecución total, definitiva o temporal, prestación defectuosa o incompleta de obligaciones accesorias y de los deberes de conducta dirigidos al resultado útil de la prestación.* Son de este tipo el incumplimiento de los deberes de coubicación de equipos, de adopción de procedimientos de preasignación, de intercambios de información sobre abonados o de adopción de determinados procedimientos que faciliten la consolidación y facturación de los servicios recíprocamente prestados.

No todas estas modalidades de incumplimiento alcanzan el mismo efecto jurídico. No todas ellas justifican la aplicación de idénticos remedios del acreedor. En concreto, el remedio resolutorio sólo se aplica a los incumplimientos de obligaciones contractuales (no a las derivadas de actos administrativos) y cuando sean incumplimientos esenciales, esto es, aquéllos que frustran de modo irreparable el interés del acreedor en el cumplimiento del contrato.

E) *Consecuencias civiles del incumplimiento de obligaciones contractuales de interconexión.*

Por “obligaciones contractuales de interconexión” entiendo aquí todas las prestaciones (de dar, hacer, no hacer o soportar) que nacen del acuerdo de interconexión.

Naturalmente, del incumplimiento por cualquiera de los operadores de las obligaciones nacidas del acuerdo de interconexión nace la responsabilidad contractual del deudor. Sin perjuicio de las matizaciones que después se harán, esto significa que cualquiera de los operadores vinculados en una relación jurídica de interconexión, que vea frustradas sus legítimas expectativas debido al incumplimiento del otro operador, dispone de los “remedios del acreedor” típicos para exigir la responsabilidad del deudor. Cualquiera que sea la obligación incumplida, el perjudicado puede tutelar su interés a través de las siguientes acciones civiles: i) pretensión de cumplimiento específico o por equivalente a

costa del deudor (arts. 1096, 1098 y 1099 CC)¹⁵⁶; *ii*) resolución de contrato (art. 1124 CC); *iii*) en ambos casos, resarcimiento por los daños causados (art. 1101 CC). El juez civil es competente para conocer de cualquiera de estas pretensiones.

Además, el operador puede proceder a la suspensión de la conexión, en tanto no se cumpla correctamente; o a la desconexión material y definitiva de las redes, como efecto propio de la resolución. Como después explicaré, entiendo que ambas decisiones (la suspensión y la desconexión) están sometidas al control de la CMT. No es sólo que la CMT *pueda conocer* de las pretensiones de suspensión o desconexión [*ex* arts. 1.Dos.2.e) Ley 12/1997, 25 LGT, 2.6 RIN, 19 y 22 RCMT], sino que por ser el derecho de interconexión un derecho sustancialmente disponible por la CMT¹⁵⁷ también lo es el derecho de desconexión. Dicho en términos positivos, si el derecho de interconexión es disponible por la CMT y no por su titular, el derecho a conservar y mantener la interconexión es igualmente disponible por la CMT.

Los operadores de telecomunicaciones vinculados en un acuerdo de interconexión se encuentran en una posición contractual peculiar en relación a la posición de otros contratantes. Por la relevancia pública de este acuerdo, el acreedor de interconexión no goza de la libre disponibilidad sobre su crédito, ésta se encuentra restringida en los términos que seguidamente detallaré [*infra* E.1]. Además, existen otras limitaciones a las facultades de los operadores vinculados en la relación sinalagmática de interconexión. En concreto, se encuentran condicionadas por la relevancia pública de la interconexión las posibilidades de cumplimiento por equivalente de la prestación [*infra* E.2]; la facultad de los operadores de suspender el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el otro operador incumpla [*infra* E.3]); o de resolver el acuerdo, cuando concurren las causas legales o contractuales que justifican esta medida [*infra* E.4)].

¹⁵⁶ En cuanto obligación de hacer técnico, la prestación caracterizada por la realización de una serie de actos materiales encaminados a la conexión física y funcional de las redes es susceptible de ejecución forzosa.

¹⁵⁷ Cfr. Cap. II, epgr. 5.1.B.

E.1. Posición del acreedor de interconexión.

Dos notas caracterizan la posición del acreedor de interconexión: no goza de la libre disponibilidad de su crédito y su posición se integra no sólo por facultades, sino también por cargas, cuyo incumplimiento produce ciertos efectos peculiares.

Constituida la relación de interconexión por el acuerdo de los operadores, el perjudicado por el incumplimiento de obligaciones de interconexión podrá ejercer ante la jurisdicción civil cualquiera de las acciones arriba enumeradas (cumplimiento o resolución, y en ambos casos, indemnización de daños y perjuicios). Pero *por la relevancia pública de la relación contractual de interconexión, el acreedor de interconexión goza sólo formalmente de facultades de disposición sobre su derecho de crédito.*

Ciertamente, el ejercicio de las facultades inherentes al derecho de crédito, como es la de exigir el cumplimiento de la prestación, es disponible por el acreedor. Es él quien impulsa el desenvolvimiento y la efectividad de la relación obligatoria y actúa para tutelar su propio crédito. Sin embargo, considerando que el acuerdo de interconexión es el instrumento a través del cual los operadores cumplen un deber público (el deber de interconexión del art. 22.1 LGT), la inactividad del acreedor puede verse suplida por la actuación del órgano administrativo.

Si el acreedor de interconexión declina el ejercicio de las facultades inherentes a su derecho de crédito, la CMT puede intervenir, dictando un acto administrativo que exija la interconexión efectiva, siempre que la falta de conexión o el carácter defectuoso de la misma trascienda al interés público (art. 22.3 LGT). Técnicamente, no es que la CMT sustituya al acreedor en su facultad de exigir el cumplimiento de la prestación debida. Naturalmente, no corresponde esta facultad a la Administración. La CMT ejerce la potestad pública que le atribuye la Ley (garantizar la competencia en el mercado de las

telecomunicaciones y en particular, la interconexión de las redes) y es en ejercicio de esa potestad en la que interviene dictando actos administrativos, cuyo cumplimiento se impone coactivamente a ambos operadores. Materialmente, esta intervención equivale a una ejecución forzosa en sede civil y a instancia del acreedor. Contemplado desde esta perspectiva, *el acreedor de interconexión es titular de derechos subjetivos imperfectos*, en la medida en que su ejercicio no es enteramente disponible.

La posición del acreedor de interconexión, como la de otros acreedores (v.gr. asegurado en contrato de seguro o titular de una tarjeta de crédito frente a la entidad bancaria), es una situación compleja integrada por derechos o facultades, pero también por *cargas*. Éstas actúan como presupuestos para que el acreedor pueda ejercitar determinadas facultades conforme a lo previsto por el acuerdo o acto administrativo, que le vincula con el deudor¹⁵⁸. Sobre el acreedor de interconexión recae la carga de colaborar con el deudor en el cumplimiento de la obligación (ej. comunicación con antelación suficiente de los propios datos sobre la numeración asignada, información sobre puntos de interconexión y especificaciones técnicas de la propia red, despliegue de puntos de interconexión...etc).

La falta de cooperación necesaria para que el deudor pueda cumplir su deber de prestación implica, entre otros efectos, que el deudor no pueda ser constituido en mora. Pero si por la falta de colaboración del acreedor, la prestación se convierte en imposible, el deudor no quedará liberado de su deber de cumplimiento. Por la concurrencia de intereses públicos y privados, la falta de colaboración del acreedor (incumplimiento de cargas que gravan su posición) no implica la liberación del deudor por imposibilidad de cumplimiento de la prestación. El deudor (operador requerido de interconexión) continúa obligado a facilitar la interconexión aunque el operador solicitante no cumpla sus cargas de cooperación en el cumplimiento de la prestación.

¹⁵⁸

Cfr. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Las cargas del acreedor*, págs. 16 y 44.

Aunque no tiene efectos liberatorios del cumplimiento, la falta de cumplimiento de estas cargas, que gravan la posición del acreedor, convierte en inimputable al deudor el incumplimiento de sus deberes de prestación¹⁵⁹. El acreedor se ve privado de su facultad de exigir al deudor la responsabilidad derivada del incumplimiento. El acreedor que no comunica la numeración que le ha sido asignada con antelación suficiente o que no informa sobre las especificaciones técnicas de su red a fin de que se pueda llevar a cabo la interconexión, pierde su derecho a exigir el cumplimiento de la prestación. Es el propio acreedor quien asume en exclusiva los riesgos derivados de la falta de cumplimiento y sólo él debe sufrir las consecuencias perjudiciales que se derivan de la inobservancia o deficiente observancia de la carga¹⁶⁰.

Así, aunque el incumplimiento de la prestación por causa imputable al acreedor carezca de efectos liberatorios para el deudor, de este comportamiento sí surgen importantes consecuencias:

i) No pueden activarse los efectos del incumplimiento. Cualquier pretensión de cumplimiento o de resolución del contrato ejercida por el acreedor y basada en el incumplimiento del deudor será considerada como un ejercicio del derecho del acreedor contrario a las exigencias de la buena fe (arts. 7.2 y 1258 CC) y como tal, puede ser repelido por el deudor.

ii) El deudor queda liberado de responsabilidad y no tendrá que resarcir los daños que por su incumplimiento (ausencia de interconexión o interconexión defectuosa) se hayan podido inferir al solicitante de interconexión o a terceros operadores que pudieran resultar perjudicados (v.gr. interconexión de tránsito);

iii) El deudor de interconexión podrá exigir al acreedor el

¹⁵⁹ Vid. *infra* letra G).

¹⁶⁰ Vid. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las cargas del acreedor*, págs. 49, 50 y 56.

resarcimiento por los gastos efectuados en atención a la petición de interconexión (ej. realización de informes o proyectos técnicos, costes de negociación...etc.), así como los daños que el incumplimiento haya podido generar (interés de indemnidad).

La inimputabilidad al deudor de la falta de cumplimiento y de los daños que de él se derivan no sólo se proyecta en el ámbito de la responsabilidad civil, sino también en el ámbito de la responsabilidad administrativa. La falta de colaboración del acreedor excluye la responsabilidad del deudor por la comisión de una infracción administrativa por incumplimiento de obligaciones de interconexión (art. 79.10 LGT) o en su caso, por incumplimiento de las resoluciones de la CMT (art. 79.15 LGT)¹⁶¹. La comisión del hecho típico no es imputable al deudor a título de dolo o culpa¹⁶². En este caso, es el acreedor de interconexión quien puede ser sancionado por la Administración, si su falta de cooperación constituye un incumplimiento de las condiciones de su título habilitante (art. 79.16 LGT), un incumplimiento de obligaciones de interconexión (art. 79.10 LGT) o un incumplimiento de las obligaciones impuestas por una resolución de la CMT (art. 79.15 LGT), si ésta existiera (v.gr. resolución de conflicto privado de interconexión por CMT *ex* art. 25 LGT).

¹⁶¹ El art. 130.1 Ley 30/1992 establece que “sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las *personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos* aun a título de simple inobservancia”. En su sentencia 76/1992, de 26 de abril, el TC ha declarado que “toda resolución sancionadora, sea penal o administrativa, requiere a la par la certeza de los hechos imputados, obtenida mediante pruebas de cargo, y *certeza del juicio de culpabilidad* sobre esos mismos hechos, de manera que *el artículo 24.2 de la Constitución rechaza tanto la responsabilidad presunta y objetiva* como la inversión de la carga de la prueba en relación con el presupuesto fáctico de la sanción”. En el mismo sentido se pronuncia la STC 55/1982, de 26 de julio. También el TS ha definido reiteradamente la infracción administrativa como un comportamiento humano, positivo o negativo, típico, antijurídico (formal y materialmente) y culpable [cfr. SSTs de 22-6-1989 (RJ Az. 7547), de 30-1-1988 (RJ Az.178), de 5-2-1988 (RJ Az. 659), de 10-2-1989 (RJ Az. 2461), de 12-3-1990 (RJ Az. 3155) y de 17-4-1990 (RJ Az. 3321)].

¹⁶² Sobre los principios de personalidad y culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso, II*, págs. 173-175; REBOLLO PUIG, M., “Comentario al artículo 32 LGDCU” en BERCOVITZ, R. Y SALAS, J., *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Civitas. Madrid, 1992, págs. 837-880, concr. 847-859 y en la misma obra y del mismo autor, “Comentario al artículo 36 LGDCU”, págs. 975-1011, concr. págs. 1000-1007. En particular, sobre autoría y responsabilidad en la comisión de infracciones del Derecho de las telecomunicaciones, cfr. ARPÓN DE MENDÍVIL, A., CARRASCO, A. Y CRESPO, M., “La Administración de las telecomunicaciones”, págs. 868-871.

Sin perjuicio del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración contra el operador que se niega a cooperar, -siempre que su comportamiento se encuentre tipificado como infracción administrativa-, nada impide que si las redes no están interconectadas y ello perjudica el interés público en la interconexión o en el mantenimiento de la competencia, la CMT emita y ejecute un acto administrativo en el que exija la interconexión efectiva (art. 22.3 LGT). Ambos operadores (deudor y acreedor) están entonces obligados a cumplir sus respectivos deberes públicos (frente a la CMT), so pena de incurrir en una nueva infracción administrativa (art. 79.15 LGT).

E.2. Viabilidad de cumplimiento por equivalente.

Por los intereses públicos y privados concurrentes en la interconexión de redes y servicios públicos de telecomunicaciones, la satisfacción del interés del acreedor de interconexión mediante el *cumplimiento por equivalente*, *no sirve para cumplir el deber genérico de interconexión impuesto a todos los operadores por el art. 22.1 LGT*.

Es indiferente la calificación de este cumplimiento como cumplimiento por equivalente en sentido estricto, esto es, como un cumplimiento a costa del deudor sustitutivo del cumplimiento específico o *in natura* y que satisface los intereses del acreedor, o como una reparación o compensación del daño causado al deudor por la imposibilidad o dificultad del cumplimiento específico¹⁶³. En cualquier caso, el cumplimiento por equivalente libera al deudor de interconexión en las relaciones puramente privadas, pero ello no impide la intervención de la CMT exigiendo la interconexión efectiva. Frente a la CMT, el cumplimiento por equivalente no tendrá efectos liberatorios, aun cuando ambas partes lo hayan consentido.

La aceptación por el operador-acreedor de interconexión de otra prestación

¹⁶³ Sobre esta cuestión vid. CARRASCO PERERA, A., “Reparación del daño en forma específica”, *Aranzadi Civil*, 1996-II, págs. 51-68, concr. págs. 62-67.

(v.gr. pago de una cantidad de dinero) en compensación por la falta de interconexión tendrá efectos exclusivamente en las relaciones entre ambos operadores, pero no será oponible a la CMT, si de oficio, o a instancia de los usuarios exige la efectividad de la interconexión (art. 22.3 LGT). El interés público sólo se satisface a través de la ejecución de la prestación o cumplimiento específico de la prestación característica y no a través de su cumplimiento por equivalente. Sólo si las redes y servicios públicos de telecomunicaciones están conectados de forma que se garantiza la interoperabilidad entre los distintos usuarios, así como su acceso a los diversos servicios ofrecidos a través de las redes públicas, los operadores cumplen el deber genérico de interconexión impuesto legalmente.

E.3. Suspensión del cumplimiento de obligaciones de interconexión.

La relevancia pública de la interconexión condiciona la facultad del deudor de interconexión de suspender el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el otro operador incumpla las suyas y no se prevea en el acuerdo un aplazamiento del cumplimiento de tales obligaciones. La normativa sectorial la prevé expresamente para el incumplimiento de los requisitos esenciales (art. 4.2 RIN). Pero ello no impide su aplicación al incumplimiento de otras obligaciones contractuales. En particular, me refiero a los supuestos en los que el acreedor de interconexión no cumple la prestación recíproca a la que está obligado, esto es, el pago del precio.

En principio y por aplicación de las reglas de cumplimiento de las obligaciones recíprocas (ex. arts. 1100, 1124, 1466 CC), la falta de pago justifica la suspensión del cumplimiento de sus obligaciones por el deudor de interconexión, en tanto no se pague lo adeudado. El deudor de interconexión está legitimado para suspender la prestación de los servicios de interconexión y en su caso, desconectar las redes, cuando la contraparte no cumpla la obligación recíproca de pagar el precio.

La suspensión de la conexión no equivale al otorgamiento de un plazo al

deudor para el cumplimiento correcto de la prestación, transcurrido el cual está justificada la resolución del contrato, si el incumplimiento es esencial (*nachfrist* del parágrafo 326-I BGB). La suspensión no prejuzga sobre la resolución del acuerdo. Es una medida de tipo técnico o material, que puede ser adoptada en cualquier supuesto de incumplimiento de obligaciones contractuales por decisión de los operadores, de la CMT o del juez civil, como medida cautelar para aminorar los perjuicios derivados del incumplimiento (v.gr. para evitar el incremento de las cantidades adeudadas en concepto de interconexión) y correlativamente, minimizar la responsabilidad del deudor por los daños y perjuicios causados.

La suspensión de la interconexión es una medida intermedia, menos lesiva que la desconexión definitiva, que tutela simultáneamente los intereses de deudor y acreedor. Sirve para mantener el sinalagma contractual, en cuanto minimiza el desequilibrio entre las respectivas posiciones contractuales, introducido por el incumplimiento de una de ellas. Dicho en otros términos, la suspensión salvaguarda los intereses del acreedor del pago, pues impide futuros incumplimientos y correlativamente, impide que la deuda se incremente. Por otra parte, es un instrumento de tutela de los intereses del deudor, dado que minimiza los daños resarcibles por el deudor en caso de que el incumplimiento resultara imputable a él.

Como medida menos lesiva que la desconexión definitiva y sin perjuicio de la constitución en mora del deudor (art. 1100 CC), la suspensión de la conexión ha de adoptarse siempre que el incumplimiento sea reparable. Y la falta de pago es un incumplimiento reparable, salvo que las partes hayan calificado expresamente la falta de pago en tiempo como condición resolutoria (término esencial)¹⁶⁴; que la conducta del deudor sea reveladora de una voluntad de

¹⁶⁴ Fuera del ámbito mercantil, son excepcionales los casos en los que el término fijado para el pago del precio se podrá considerar “esencial” a efectos resolutorios. Desde la STS de 5-1-1935, es una máxima jurisprudencial constante que “el mero retraso no equivale a verdadero y propio incumplimiento” [SSTS 7-12-1989 (RJ 8815), 21-9-1990 (RJ 6899), 22-5-1991 (RJ 3781)]. Ello significa que el incumplimiento no puede dar lugar a la resolución cuando el deudor está dispuesto a cumplir y el interés del acreedor puede quedar satisfecho a través de la indemnización de los

incumplir o de una incapacidad para hacerlo (incumplimiento definitivo)¹⁶⁵; o que haya transcurrido el plazo fijado por un Tribunal para el cumplimiento y el deudor no haya cumplido (art. 1124.III CC).

La suspensión del cumplimiento de obligaciones se fundamenta en el incumplimiento del otro operador. Cuando este último demande el cumplimiento de la prestación debida (prestación de servicios de interconexión), el operador que ha suspendido el cumplimiento de sus obligaciones podrá oponer la *exceptio non rite adimpleti contractus*. La excepción frustrará la pretensión del incumplidor, siempre que se fundamente en un incumplimiento y se ejerza conforme a las exigencias de la buena fe.

La argumentación expuesta resulta impecable si se observa el acuerdo de interconexión como un *contrato privado* entre operadores. Sin embargo, este ángulo de mira ofrece una perspectiva incompleta de esta figura contractual. No se puede olvidar que por el contrato de interconexión se constituye una relación jurídico-privada *de relevancia pública*. El acuerdo de interconexión es instrumento para el cumplimiento del deber público de interconexión. Pero al margen de que la suspensión de la interconexión esté justificada en el incumplimiento del otro operador y sea una medida de tutela de las respectivas situaciones jurídicas individualizadas de deudor y acreedor, tal medida puede perjudicar el interés público en la interconexión y constituir una infracción administrativa por incumplimiento de obligaciones de interconexión (art. 79.10 LGT).

A la vista de lo escrito, resulta imprescindible articular estas dos facetas (pública y privada) de la relación de interconexión. Para ello, entiendo que la mejor solución es *reconocer al deudor la facultad de suspender el cumplimiento de sus obligaciones, justificada en el incumplimiento de obligaciones recíprocas por el otro operador, siempre que esta medida haya sido autorizada por la CMT*.

daños y perjuicios.

¹⁶⁵ Cfr. STS de 8-11-1997 (RJ 7874).

Conviene exigir la intervención previa de la CMT autorizando o denegando la suspensión, basada en el incumplimiento de una obligación estrictamente privada (el pago del precio). La CMT ha de valorar los perjuicios que para el interés público pueden derivarse de la suspensión¹⁶⁶. Su eventual autorización de la desconexión temporal impide la imposición de una sanción por incumplimiento de obligaciones de interconexión, puesto que elimina la antijuridicidad del hecho típico.

En la regulación sectorial, no se encuentra una norma que exija esta intervención. Pero no existen problemas en afirmar que, en aras del mantenimiento de la competencia en el mercado y de la interoperabilidad de los servicios públicos de telecomunicaciones, el Ordenamiento no otorga a los operadores la posibilidad de negar la interconexión de forma unilateral¹⁶⁷. En concreto, ello se manifiesta en la prohibición impuesta al operador que suministra interconexión de suprimir por sí mismo la interconexión, incluso cuando tenga conocimiento de que las redes conectadas a las suyas perturban el funcionamiento de éstas o el de los servicios o no cumplen los requisitos esenciales (art. 4.2 RIN). El operador perjudicado sólo puede comunicar a la CMT estas circunstancias, para que sea ella quien, en su caso, suprima temporalmente la interconexión. Únicamente en el supuesto de que las perturbaciones supongan riesgos para las personas o para la integridad de las redes, los operadores podrán proceder a la desconexión temporal de la red que produce el daño, informando de ello a la CMT, en el plazo máximo de veinticuatro horas, para que ésta confirme o deje sin efecto la decisión adoptada. En este segundo supuesto, el operador será responsable de los daños y perjuicios causados por la desconexión.

Esta suspensión temporal de la conexión es una modalidad de autotutela privada de una situación perturbada por el incumplimiento de un tercero. El

¹⁶⁶ Respecto a esta valoración, cfr. *infra* d), sobre la desconexión definitiva.

¹⁶⁷ Cfr. Resolución CMT de 22-2-01, FD 1º.

Ordenamiento la regla de forma excepcional¹⁶⁸, reservándola a los casos en los que la perturbación pueda producir daños para las personas o para la integridad de las redes y supeditándola, en todo caso, a la ulterior confirmación de la CMT. A *fortiori*, si la norma exige la intervención de la CMT cuando se incumplan obligaciones cualitativamente tan graves o más que la falta de pago (incumplimiento de especificaciones técnicas que ocasiona perturbaciones en la red o en los servicios), con mayor razón se ha de exigir esta intervención, cuando el incumplimiento afecta al ámbito de prestaciones puramente económicas, como es el pago del precio¹⁶⁹.

E.4. Resolución contractual: interés público, pactos resolutorios y desconexión de las redes.

Con carácter general y a salvo de las cláusulas resolutorias pactadas por los contratantes, el remedio resolutorio del art. 1124 CC se reserva para el “incumplimiento esencial” de las obligaciones contractuales. Esto es, supuestos en los que el incumplimiento ocasiona una frustración absoluta e insubsanable de las legítimas expectativas de los contratantes y su pérdida de interés en el mantenimiento del contrato (“incumplimiento esencial”).

Sin pretender profundizar en el examen de la resolución contractual¹⁷⁰, conviene señalar que para que uno de los operadores pueda ejercer la facultad

¹⁶⁸ Como es conocido, el carácter excepcional de la autotutela privada es predicable del ordenamiento en su conjunto y no sólo del ordenamiento sectorial. La facultad privada de tutelar una situación individualizada es una excepción respecto al principio general de tutela judicial y se reserva a supuestos socialmente raros. Algunos ejemplos son el estado de necesidad (art. 8.7 CP), el derecho de retención (arts. 1866 y 1871 CC), las ejecuciones extrajudiciales legales o pactadas de los acreedores prendario o hipotecario (art. 1872 CC y 129 LH) o la facultad de cortar las raíces de árbol ajeno que penetra en fundo propio (art. 592 CC).

¹⁶⁹ Existen más argumentos en favor de esta intervención de la CMT, previa a la suspensión temporal de la interconexión. Los mismos son aplicables a la desconexión definitiva de las redes, por lo que se expondrán en el apartado dedicado a esta cuestión [infra E.4, apdo. c)].

¹⁷⁰ Vid. CLEMENTE MEORO, M., *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*. Tirant lo blanch. Valencia, 1998; GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., *El incumplimiento esencial en la resolución contractual* (obra inédita, ejercicio presentado para la obtención de una plaza como profesora titular del Área de Derecho civil de la Facultad de Derecho de Albacete, Universidad de Castilla-La Mancha, 30-10-1998).

resolutoria es preciso que dicha facultad se corresponda con un interés legítimo en la parte actora, -pues el art. 1124 sólo reconoce esa facultad al “perjudicado”-, y que ésta se ejerza conforme a las reglas de la buena fe.

Existe un interés legítimo en el ejercicio de la facultad resolutoria cuando el incumplimiento es “grave” o “esencial”, de modo que ocasiona la frustración de la finalidad del contrato e impide la satisfacción de las legítimas expectativas de los contratantes. Para determinar el carácter esencial del incumplimiento se ha de atender prioritariamente al programa de prestación acordado por las partes¹⁷¹. Si éstas no se han pronunciado expresamente sobre la relevancia de cierta obligación en orden a la satisfacción de su interés y si tampoco es posible descubrir su voluntad mediante la interpretación del contrato, cabe acudir al criterio de la previsibilidad formulado en la Convención de Viena, de 11 de abril de 1980, sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías¹⁷².

En el acuerdo de interconexión, sin perjuicio de los pactos resolutorios de los contratantes, constituyen incumplimientos esenciales la no prestación de servicios de interconexión o su prestación en condiciones que hacen imposible la comunicación y la falta de pago de los precios de interconexión¹⁷³. Ambos

¹⁷¹ Aunque la jurisprudencia no siempre lo ha entendido así [*vid.* entre otras, SSTs 17-1-1984 (RJ 349); 7-2-1984 (RJ 579); 24-6-1984 (RJ 3793); 20-6-1993 (RJ 5378); 8-2-1996 (RJ 1346)], se ha de reconocer que existiendo una cláusula resolutoria expresa, debe excluirse cualquier indagación acerca del carácter “esencial” del incumplimiento [cfr. SSTs 18-12-1956 (RJ 1957); 24-2-1966 (RJ 1533); 4-5-1972 (2127); 24-5-1972 (RJ 2138)]. Las disposiciones acordadas por los contratantes han de ser respetadas por el juzgador (art. 1091 CC), que no podrá desconocer o inaplicar el contenido de las mismas, salvo que sean contrarias a la ley, la moral, el orden público o a las exigencias derivadas de la buena fe (art. 1255 y 1258 CC). Dichos contratantes pueden elevar a la condición de principal las condiciones meramente accesorias o atribuir a determinados incumplimientos eficacia resolutoria, aunque objetivamente y por aplicación de los criterios jurisprudenciales en la materia, tal incumplimiento no tenga entidad resolutoria (cfr. CLEMENTE MEORO, M.E., *La facultad de resolver*, pág. 418).

¹⁷² El art. 25 de la Convención define el “incumplimiento esencial” como aquél que causa a la otra parte “*un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato*, salvo que la parte que ha incumplido no haya previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación”.

¹⁷³ La cláusula 15 del contrato-tipo de interconexión contenido en la OIR de *Telefónica* para operadores con Licencia de tipo A y B (versión junio 2000) establece expresamente que el acuerdo se extingue “por resolución fundada en grave incumplimiento por cualquiera de las partes de las obligaciones esenciales contenidas en este Acuerdo, una vez transcurridos 2 meses desde que la

incumplimientos legitiman, respectivamente, al acreedor de interconexión y al acreedor del precio para ejercer la facultad de resolución del acuerdo. El deudor de interconexión y, simultáneamente, acreedor del precio, que sufre el incumplimiento esencial de las obligaciones recíprocas del otro operador, en particular de la obligación de pagar el precio, dispone de la facultad de resolución del acuerdo, cuando así lo hubieran pactado o en su defecto, siempre que el incumplimiento tenga entidad resolutoria, conforme al artículo 1124 CC. Lo mismo cabe decir del acreedor de interconexión y deudor del precio que sufre el incumplimiento esencial de su contraparte.

Sin embargo, *la relevancia pública de la interconexión condiciona y limita la facultad resolutoria*. La limitación se proyecta sobre la libertad de los operadores para pactar cláusulas resolutorias del contrato; sobre el ejercicio de la facultad, legal o convencional, de resolver el contrato frente al incumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo y sobre los efectos de la resolución del vínculo contractual.

a) *Límites a la inclusión de pactos resolutorios en la relación contractual.*

El interés público en la interconexión restringe la libertad de los contratantes para incluir pactos resolutorios. La autonomía privada para atribuir eficacia resolutoria a cualquier incumplimiento de obligaciones contractuales no es ilimitada ni en el acuerdo de interconexión, ni en los demás contratos. En virtud del principio de buena fe, que preside la ejecución del contrato conforme al art. 1258 CC y prohíbe el ejercicio abusivo de los derechos (art. 7 CC), los Tribunales pueden moderar el rigor de las cláusulas que establezcan la resolución por el incumplimiento de una obligación de mínima importancia en la economía del contrato¹⁷⁴. Pero, como se viene afirmando a lo largo de este trabajo, por las peculiaridades del acuerdo de interconexión, la libertad de los operadores para

parte cumplidora haya exigido a la otra, por escrito, el cumplimiento de las mencionadas obligaciones”.

¹⁷⁴ Vid. STS 2-2-1984, comentada por BERCOVITZ, R., CCJC, núm. 4, enero-marzo 1984, págs. 1303 y ss.; CLEMENTE MEORO, M.E., *La facultad de resolver*, págs. 419-4249).

configurar el contenido de este contrato está sometida a límites más estrictos que los imperantes en el resto del ordenamiento¹⁷⁵. A los límites derivados de la buena fe contractual, se une el límite impuesto por la necesidad de salvaguardar el interés público en el mantenimiento de la interconexión, como instrumento de garantía de la competencia en el mercado y la interoperabilidad de los servicios de telecomunicaciones. Indudablemente, el ejercicio de la facultad de resolver el contrato incide tanto en el mantenimiento de la competencia en el mercado como en la salvaguarda de la interoperabilidad de los servicios.

La Ley atribuye a la CMT la función de salvaguardar estos intereses [arts. 1.Dos. 1, 1.Dos. 2, f) Ley 12/1997]. Por ello y a los efectos que aquí interesan, goza de la facultad de “dictar instrucciones a las partes que hayan celebrado un acuerdo de interconexión, instándolas a su modificación, cuando su contenido pudiera amparar prácticas contrarias a la competencia o resulte preciso para garantizar la interoperabilidad de los servicios” (art. 22.2.II LGT). En virtud de esta potestad, la CMT puede exigir la modificación de aquellas condiciones pactadas entre los operadores que atribuyen a cualquiera de ellos la facultad de resolver el contrato ante cualquier incumplimiento de la contraparte, por insignificante que éste sea. La CMT ha de garantizar que esta facultad se reserva para los supuestos de incumplimientos esenciales y que su ejercicio no perjudica ni la competencia en el mercado, ni perturba la interoperabilidad de los servicios.

Como he argumentado, estas instrucciones integran el contenido contractual y son vinculantes no sólo para los operadores, sino también para el juez civil que, eventualmente, pueda conocer de la interpretación y ejecución de los acuerdos de interconexión. Ello significa que *no tendrán eficacia civil las cláusulas contractuales en las que se reconozca a uno de los operadores la facultad de resolver el contrato, ante cualquier incumplimiento de la contraparte, siempre que la CMT haya exigido la modificación de esta cláusula o su eliminación del contrato, por entender que su contenido puede amparar prácticas contrarias a la competencia o perturbar la interoperabilidad de los servicios.*

¹⁷⁵

Cfr. Cap. II, epgr. 2.2.

b) *Interés público y ejercicio de la facultad resolutoria del acreedor.*

El ejercicio de la facultad, legal o convencional, de resolver el contrato frente al incumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo también está condiciona por la necesaria salvaguarda del interés público en el mantenimiento de la *interconexión*. El ejercicio de la facultad resolutoria no está supeditada únicamente a la concurrencia del incumplimiento resolutorio en los términos definidos legal¹⁷⁶ o convencionalmente; ni a su ejercicio conforme a las exigencias de la buena fe (arts. 7 y 1258 CC). La salvaguarda del interés público en el mantenimiento de la competencia en el mercado y la interoperabilidad de los servicios también condiciona el ejercicio de su facultad resolutoria por el acreedor perjudicado por el incumplimiento de obligaciones nacidas del acuerdo de interconexión.

Si con carácter general, la facultad resolutoria del acreedor contemplada por el art. 1124 CC es un remedio reservado a los supuestos de “incumplimiento esencial”, en los términos arriba indicados (frustración total e irreparable del interés del acreedor), y susceptible de interpretación restrictiva, -por ser prioritario el principio de conservación de los contratos-, con mayor razón, se ha de interpretar restrictivamente la facultad resolutoria del contratante de interconexión. La salvaguarda del interés público en la interconexión exige restringir aún más las posibilidades de ejercicio de la facultad resolutoria.

El ejercicio de la facultad resolutoria de los acuerdos de interconexión presenta los siguientes rasgos:

1º) *Preferencia por la suspensión de la conexión como medida menos lesiva para el deudor.* Como para cualquier otra obligación, siempre que se satisfaga el interés del acreedor, el juez habrá de conceder la acción o remedio contractual que sea menos gravosa para los intereses del deudor de cara al cumplimiento.

¹⁷⁶ Por definición legal entiéndase la dada por el art. 1124 CC y por la jurisprudencia de aplicación de este precepto.

La interpretación restrictiva de la resolución, cuyos efectos propios son la finalización de los efectos del contrato, obliga a aceptar como solución preferente la suspensión de la interconexión, siempre que el incumplimiento no ocasione una frustración absoluta de la finalidad del contrato. El incumplimiento defectuoso o tardío de las obligaciones nacidas del contrato, que “perjudica” al acreedor, pero no le impide obtener la finalidad perseguida al contratar, justifica la suspensión temporal de la conexión, la acción de cumplimiento correcto y/o la compensación por los perjuicios causados, pero no la resolución del contrato¹⁷⁷.

2º) *Apreciación de la concurrencia del “incumplimiento esencial”, como supuesto de hecho resolutorio.* Como para el resto de los contratos, también corresponde a los contratantes de interconexión, de mutuo acuerdo, o en su defecto, al juez civil determinar si cierto incumplimiento de las obligaciones contractuales tiene entidad resolutoria, conforme a lo estipulado en el contrato o a las exigencias legales en la materia (art. 1124 CC). La resolución del vínculo obligatorio es una cuestión que atañe únicamente a la autonomía de los contratantes y en su caso, al juez civil, único legitimado para aplicar el art. 1124 CC, en ausencia de consenso entre los contratantes [STS 20-10-1994 (RJ 7491)]¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Cfr. SSTs 29-11-1982 (RJ 6939); 17-7-1985 (RJ 4256); 13-5-1985 (RJ 2388) y 27-3-1991. Esta última afirma que para que el defecto o defectos de la prestación tenga trascendencia resolutoria “han de ser de cierta importancia o trascendencia en relación con la finalidad perseguida y con la facilidad o dificultad de su subsanación”.

¹⁷⁸ Lo afirmado en el texto no supone una toma de posición respecto al carácter constitutivo o declarativo de la sentencia judicial, que se pronuncia sobre el incumplimiento resolutorio (vid. CLEMENTE MEORO, M.E., *La facultad de resolver*, págs. 121-143). Ello exige un estudio sobre la resolución contractual que no corresponde realizar en este trabajo. Mi propósito es más modesto. Sólo pretendo poner de manifiesto que también corresponde al juez civil conocer de los conflictos derivados de la resolución de los acuerdos de interconexión. Cualquiera que sea la posición que se adopte sobre el valor constitutivo o declarativo de la sentencia, lo cierto es que, como no podía ser de otro modo, la decisión adoptada por el acreedor en orden a la resolución del vínculo está sometida al control judicial, siempre que el deudor se oponga o discuta la terminación de esa relación. Por otra parte, también es doctrina constante que la resolución contractual ha de ser hecha valer por vía de acción y no cabe la excepción de resolución extrajudicial, salvo que se trate de una resolución convencional o ya declarada judicialmente [SSTs 19-11-1994 (RJ 8538); 17-2-1996 (RJ 1408)], dato que, según algún sector de la doctrina, es “una prueba de que nuestro sistema de resolución es, *de facto*, fundamentalmente procesal” (GONZÁLEZ CARRASCO, C., “El incumplimiento esencial en la resolución contractual”, pág. 132).

Lo dicho no significa que se prohíba la intervención de la CMT, valorando la concurrencia de hechos constitutivos de incumplimiento de obligaciones de interconexión. Esta intervención de la CMT puede justificarse en la voluntad de los contratantes, manifestada en el acuerdo de interconexión¹⁷⁹, en un convenio arbitral [art. 1.Dos.2.a) Ley 12/1997] o en la solicitud de inicio de un procedimiento para la resolución vinculante de conflictos de interconexión (art. 25 LGT). No obstante, la valoración de los hechos realizada por la CMT sólo surte efectos en el ámbito administrativo. Sólo en el caso de que los contratantes se hayan sometido a la función arbitral de la CMT, prosperará la declinatoria de competencia del juez civil basada en la sumisión de la cuestión litigiosa al conocimiento de este órgano administrativo (arts. 63.1 Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, 11 Ley 36/1988, de Arbitraje y 9 RCMT). La razón de ello es que únicamente a través del arbitraje, los contratantes pueden obtener los mismos objetivos que con la acción de los jueces y tribunales (SSTC 43/1983, 233/1988, 15/1989 y 288/1993, entre otras).

El art. 25 LGT sólo reconoce a la CMT la potestad pública de intervenir en los conflictos en materia de interconexión y los relativos a la ejecución e interpretación de los acuerdos de interconexión. Ello ni supone una derogación de la competencia del juez civil para conocer de los mismos conflictos (art. 9.2 LOPJ), ni tampoco el reconocimiento a la CMT de facultades sobre la declaración de un incumplimiento contractual, la resolución del contrato, la reclamación de las cantidades adeudas o la indemnización de daños y perjuicios. Estas cuestiones corresponden al juez civil. La intervención de la CMT se reduce a exigir que el acuerdo se cumpla de determinada forma (“interpretación y ejecución del acuerdo”); a autorizar la desconexión, si concurren las circunstancias exigidas por el propio contrato o por el art. 4.2 RIN o a suspender la conexión (es decir, a obligar a uno de los operadores a dejar de prestar servicio a través de la red, en tanto que el incumplimiento sea subsanable, v.gr. se regularicen los pagos).

¹⁷⁹

La cláusula 15 del contrato-tipo de interconexión contenido en la OIR de *Telefónica* para operadores con Licencia de tipo A y B (versión junio 2000) establece expresamente que “la apreciación de la concurrencia de esta circunstancia (se refiere al incumplimiento de obligaciones esenciales) habrá de efectuarse por las partes de mutuo acuerdo o, en su caso, someterse a la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”.

Cualquiera de estas intervenciones de la CMT no afecta a la subsistencia del vínculo obligatorio. Éste sólo se extingue si concurren las causas de extinción previstas en el propio acuerdo y ambos contratantes aprecian conjuntamente su concurrencia, o cuando, siendo apreciada unilateralmente la concurrencia de la causa de extinción, el juez civil o el árbitro declaren la extinción o resolución del contrato.

En cualquier caso y a salvo de la función arbitral de la CMT, la remisión de los contratantes a la CMT para que sea ella quien aprecie la concurrencia de un incumplimiento resolutorio ni impide su apreciación por el juez civil, ni significa que el juez esté vinculado por la apreciación de la CMT, limitándose a aplicar las consecuencias jurídicas derivadas de la constatación de dicho incumplimiento. Sin perjuicio de su valoración a efectos probatorios, el juez civil no está sometido a la apreciación de los hechos realizada por la CMT.

3º) *No todo incumplimiento de sus obligaciones por uno de los operadores tiene eficacia impeditiva del ejercicio de la facultad resolutoria.*

Como ya se ha indicado, sin perjuicio de los pactos resolutorios de los contratantes, constituyen incumplimientos esenciales la no prestación de servicios de interconexión o su prestación en condiciones que hacen imposible la comunicación y la falta de pago del precio de interconexión. Ambos incumplimientos legitiman, respectivamente, al acreedor de interconexión y al acreedor del precio para ejercer la facultad de resolución del acuerdo.

El ejercicio de esta facultad se ha de ajustar a las exigencias de la buena fe (arts. 7 y 1258 CC). Tratándose de obligaciones recíprocas, ello implica que la resolución se justifica en un incumplimiento esencial o resolutorio y que el propio actor ha cumplido el deber que le corresponde (arts. 1100 y 1124 CC). El incumplimiento recíproco impide la resolución unilateral del contrato, pues el art. 1124 CC atribuye la facultad resolutoria “al perjudicado” y “para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe”. Reconocer la facultad

resolutoria a quien ha incumplido, supone admitir el ejercicio de la misma contrario a las exigencias de la buena fe, lo que el Ordenamiento no admite (art. 7.1 y 1258 CC).

Tal constatación respecto a la necesidad de cumplimiento de la obligación recíproca por el acreedor resolvente es importante en relación al acuerdo de interconexión. De él nacen diversas obligaciones (v.gr. prestación de servicios de interconexión, pago del precio, coubicación de equipos, intercambio de información, adopción de determinados sistemas de consolidación y facturación...etc.), pero *no todo incumplimiento de sus obligaciones por uno de los operadores tiene eficacia impeditiva del ejercicio de la facultad resolutoria. El incumplimiento de uno de los operadores que justifica el incumplimiento del otro e impide al primero ejercer la resolución del contrato es el incumplimiento de una obligación recíproca.* Esto es, sólo la falta de prestación o, en su caso, la prestación defectuosa del servicio de interconexión por el operador obligado puede justificar la falta de pago del otro operador e impedir al primero ejercer la facultad resolutoria. *No justifica la falta de pago el incumplimiento de otras obligaciones, igualmente nacidas del acuerdo de interconexión, pero que no están en relación de reciprocidad con el pago del servicio* (ej. implantar determinado sistema de consolidación y facturación)¹⁸⁰.

A salvo del pacto de las partes, que en este aspecto puede ser limitado por la CMT¹⁸¹ y en su caso, por el juez civil, el incumplimiento de obligaciones accesorias (v.gr. coubicación de equipos o deber de confidencialidad) ni faculta al operador obligado para dejar de prestar los correspondientes servicios de interconexión, ni al deudor del precio a dejar de pagar éste, ni tampoco justifica el ejercicio de la facultad resolutoria por cualquiera de ellos. Puede justificar el

¹⁸⁰ El supuesto citado en el texto corresponde a un caso resuelto por la CMT en su Resolución de 19-10-2000, *Telefónica de España, S.A.U.- Amercian Telecom, S.A.*, expte. 2000/3021. En ella, la CMT entiende que el incumplimiento por *Telefónica* de sus obligaciones referentes a la adopción de determinados procedimientos de consolidación y facturación no justifica la falta de pago de *American Telecom*. Por lo que dicha falta de pago legitima a *Telefónica* para ejercer la facultad convencional de resolución del contrato (FD 4º).

¹⁸¹ Cfr. *supra* a).

ejercicio de una pretensión de cumplimiento y en su caso una indemnización por los posibles daños derivados del incumplimiento pero no la resolución del acuerdo.

c) *Efectos de la resolución del acuerdo de interconexión.*

Dos son los efectos propios de la resolución del contrato por incumplimiento: la extinción del vínculo contractual y la restitución de las prestaciones ya realizadas, en cuanto ello sea posible. Dicho en otros términos, la resolución del vínculo contractual tiene eficacia liberatoria, en todo caso (art. 1124.II CC) y en determinadas circunstancias, eficacia restitutoria (arts. 1123 y 1120.II CC, por analogía)¹⁸².

Declarada la resolución, los contratantes quedan liberados de sus respectivas obligaciones futuras (efectos *ex nunc*). Esto es, dejan de estar obligados a ejecutar las prestaciones pactadas y que todavía no habían ejecutado.

Naturalmente, la opción del acreedor por la resolución contractual y no por el cumplimiento (art. 1124 CC) no impide el ejercicio de las acciones correspondientes para exigir el pago de lo adeudado por la prestación ya cumplida. Puesto que el cumplimiento de la prestación de interconexión se fracciona en el tiempo y el objeto del contrato se compone de sucesivas prestaciones y atribuciones patrimoniales divisibles, *la terminación del acuerdo por resolución es parcial. No tiene efectos retroactivos*. Opera a partir del momento en el que, por mutuo acuerdo de los operadores o por decisión judicial, se declara resuelto el acuerdo¹⁸³.

Por otra parte y siempre que ello sea posible, en virtud de la resolución, las

¹⁸² Sobre la eficacia liberatoria y restitutoria de la resolución vid. CLEMENTE MEORO, M.E, *La facultad de resolver*, págs. 475 y ss.

¹⁸³ Obviamente, nada obsta para que la sentencia judicial declare que la resolución tiene efectos desde que fue ejercida unilateralmente por el acreedor, por concurrir el incumplimiento resolutorio.

partes pueden exigirse la restitución de las recíprocas prestaciones (efecto restitutorio). Así, el acreedor de interconexión que ha pagado por el establecimiento de la conexión o ha pagado anticipadamente por la prestación de servicios de interconexión, con pacto de ulterior consolidación y compensación en atención a los servicios efectivamente prestados, puede exigir la restitución de lo pagado, siempre que el deudor de interconexión no proceda a la conexión o no preste los servicios ya retribuidos.

Si el acuerdo de interconexión fuera simplemente un contrato privado, su resolución conllevaría la ineficacia sobrevenida del mismo y por ende, estaría justificada la *desconexión física y funcional de las redes*. Sin embargo, por la relevancia pública de este contrato, *la posibilidad de desconexión fundada en la resolución del acuerdo se encuentra condicionada a la previa intervención de la CMT*.

Ciertamente, el Ordenamiento no puede amparar el incumplimiento de las obligaciones, que ocasiona la ruptura de la relación de equivalencia (formal) del sinalagma contractual, ocasionando el correspondiente perjuicio a los intereses privados. Pero la interconexión de las redes no es una cuestión que afecte únicamente al interés de los operadores interconectados. La desconexión definitiva de las redes perjudica otros intereses, además del interés particular del operador que sufre la resolución. Perjudica el *interés general* en la consecución de un sistema de telecomunicaciones en competencia, desarrollado y con un elevado grado de interoperabilidad de redes y servicios públicos de telecomunicaciones en beneficio de los usuarios [cfr. arts. 3, en particular letras a), b), d) y f), 11, 16, 22.2 y 22.3 LGT].

La desconexión perjudica también los *intereses de terceros* (usuarios finales o terceros operadores interconectados). Los usuarios finales, ya sean clientes de la red del operador que incumple o clientes del operador que sufre el incumplimiento, ven disminuidas sus posibilidades de comunicación, así como el número de servicios de telecomunicaciones a los que tienen acceso (v.gr. los usuarios del operador que sufre el incumplimiento y suspende la interconexión no podrán comunicarse con los clientes del operador incumplidor, ni acceder a los posibles servicios prestados por él; a la inversa, tampoco los

usuarios del operador incumplidor podrán comunicarse con los usuarios del operador perjudicado, ni acceder a los servicios prestados por éste). Por otra parte, también los operadores pueden sufrir perjuicios derivados de la desconexión de redes. Los terceros operadores, que han contratado servicios de interconexión en tránsito y terminación en la red de alguno de los operadores involucrados en la resolución del acuerdo, sufren un incumplimiento de contrato en cuanto ven frustradas sus pretensiones de interconexión y disminuido el número de destinatarios de sus servicios.

Se pone de manifiesto la doble trascendencia (pública y privada) de la interconexión y la necesidad de garantizar la interconexión no sólo para satisfacer los intereses privados de los operadores, sino también para tutelar el interés de los usuarios en el acceso a los servicios de telecomunicaciones y en la interoperabilidad de las redes y el interés general en la salvaguarda de la competencia en el mercado. Por ello, la puesta en práctica de esta medida exige la adopción de ciertas cautelas, tendentes a proteger el interés público.

Para dar una respuesta satisfactoria a este problema de la aplicación del Derecho privado a una relación de trascendencia pública conviene apelar a la intervención del órgano encargado de salvaguardar ese interés. Y ello por las razones que se explican en el subepígrafe siguiente.

d) Intervención de la CMT en la desconexión de las redes.

Más allá de la genérica función de salvaguardar la competencia en el mercado y el interés público en la interconexión de las redes y los servicios de telecomunicaciones [arts. 1.Dos.1 y 1.Dos.2, letras c) y f) Ley 12/1997 y 22.3 LGT], no existe norma que prevea expresamente la intervención de la CMT previa a la desconexión de las redes, en el supuesto de resolución por incumplimiento. Naturalmente, tampoco es preceptivo que el conflicto de interconexión sea resuelto por la CMT (art. 25 LGT).

Sin embargo, aunque no hay normas expresas que exijan esta intervención, sí se encuentran varios argumentos, -incluso de Derecho positivo-, en favor de la

intervención de la CMT previa a la desconexión¹⁸⁴.

1º) De rechazar esta intervención, se generan importantes riesgos de resoluciones incompatibles que ubican a los operadores en situaciones igualmente contradictorias:

- *Existe el riesgo de sentencias judiciales contradictorias.* Es factible que el juez civil acuerde la resolución del contrato y, correlativamente, autorice la desconexión y que una sentencia del orden contencioso-administrativo confirme la validez del acto administrativo de la CMT en el que se exige la interconexión efectiva, a pesar del incumplimiento contractual;

- *Esta situación puede conducir a la “irrelevancia práctica” de la sentencia del juez civil,* en la medida en que la resolución del contrato por incumplimiento justifica la desconexión de la red, pero no el incumplimiento de una resolución de la CMT en la que se exige la interconexión efectiva.

Dicho en otros términos, si la CMT entiende que dadas las circunstancias, determinadas redes han de estar interconectadas, puede dictar una resolución en la que exige la interconexión efectiva y en su caso, fija las condiciones de la misma (art. 22.3 LGT). Ciertamente, la CMT lo que hace en este caso es constituir una nueva relación jurídica, cuya fuente ya no es la autonomía de los operadores, sino la soberanía de la Administración. En tal supuesto, existe una relación jurídica creada por el acuerdo de interconexión y extinguida por la declaración judicial de resolución, en virtud de la cual los operadores pueden desconectar las redes. Simultáneamente, existe una nueva relación jurídica de interconexión constituida por un acto administrativo de eficacia interprivada y en virtud del cual, los mismos operadores están obligados a interconectar sus redes. El incumplimiento de este acto administrativo constitutivo de la nueva relación constituye una infracción administrativa muy grave (art. 79.15 LGT).

¹⁸⁴ Estas mismas razones justifican la intervención de la CMT en la suspensión de la conexión, cuando el incumplimiento no tenga entidad resolutoria.

Se pone de manifiesto que la sentencia judicial que declara resuelto el acuerdo puede quedar ineficaz, si la CMT entiende que el interés general justifica su intervención y la imposición coactiva de la interconexión.

- *El incumplimiento esencial de uno de los operadores (v.gr. la falta pago del precio) puede tener entidad suficiente para justificar la resolución del contrato, pero no para excluir la responsabilidad del deudor en la comisión de una infracción administrativa.* Dicho en otros términos, la desconexión de las redes, -incluso justificada en un incumplimiento resolutorio de la contraparte-, puede constituir una infracción administrativa por incumplimiento de obligaciones de interconexión *ex art. 79.10 LGT.*

Se ha sostenido en este estudio que sólo se incumplen obligaciones de interconexión, si éstas han sido previamente creadas y concretadas por una acto administrativo o un acuerdo entre operadores. El art. 79.10 LGT tipifica una infracción, cuya comisión es sancionable *per se*, esto es, sin necesidad de que la CMT emita una resolución previa, cuyo incumplimiento se tipifica en el art. 79.15 y no en el 79.10 LGT. Por esto y siempre que concurren los elementos de toda infracción administrativa (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), la desconexión de las redes puede constituir una infracción.

Es incuestionable que la falta de pago del precio tiene entidad suficiente para justificar la resolución del contrato. Lo que no resulta tan claro es que el incumplimiento de esta obligación de Derecho privado actúe también como causa de justificación del incumplimiento de un deber público (el de interconexión del art. 22.1 LGT, ya concretado en el acuerdo de interconexión), o como causa de inimputabilidad de la conducta típica.

A tenor de esto resulta interesante la posición adoptada por el TDC en relación a los efectos del incumplimiento contractual sobre la prohibición de abusos de posición de dominio. Según la doctrina del TDC, el incumplimiento contractual afecta a las relaciones interprivadas pero ni impide su intervención, ni justifica la comisión de un ilícito competencial (la negativa a contratar abusando de posición de dominio). El TDC ha considerado como conducta tipificada en el artículo 6.2.c) LDC la negativa de la parte dominante a contratar en el futuro como

consecuencia de una supuesta violación contractual por la parte débil (violación que posteriormente se demostró inexistente) (res. de 18-12-1991, *Cofradías de Pescadores*, expdte. 296/91, *BICE* núm. 2308, 1992). En similares términos se ha pronunciado en su resolución de 29-9-1999, expdte. 442/1981, *Eléctrica Llémána/Hidroeléctrica de Cataluña-ENHER*, que reitera la doctrina del TDC en el expdte. 431/1998, *Eléctrica Curós*. Los términos empleados en esta última son especialmente elocuentes: “el que *Eléctrica Curós* no le pague la energía que le suministra, por lo que le adeuda una elevada suma de dinero es una cuestión que debe dirimirse ante los Tribunales de Justicia, pero no justifica en ningún caso una conducta como la realizada” (FD 5º).

Cuando el legislador tipifica el incumplimiento de obligaciones de interconexión como infracción administrativa muy grave (art. 79.10 LGT), pretende tutelar un bien jurídico: la interconexión de las redes y servicios públicos, como instrumento para garantizar la competencia en el mercado y la interoperabilidad de los servicios. El bien jurídico protegido no es la indemnidad patrimonial de cada uno de los operadores interconectados, ni la equivalencia de prestaciones en las obligaciones recíprocas. Para tutelar estos bienes, el Ordenamiento habilita en vía civil los tan mencionados “remedios del acreedor”, pero no la sanción administrativa. A mi entender, la desconexión de las redes puede constituir una infracción administrativa grave por incumplimiento de obligaciones de interconexión (art. 79.10 LGT). La falta de pago del precio de interconexión no excluye ni la tipicidad, ni la culpabilidad en la comisión del hecho típico. Por ello y sin perjuicio de su justificación en sede civil, la falta de pago no es impeditiva de la intervención sancionadora de la Administración, si se ha consumado la desconexión física y funcional de las redes.

Al hablar del incumplimiento por el acreedor de su carga de cooperar en el cumplimiento de la prestación de interconexión llegué a una conclusión distinta¹⁸⁵. Allí afirmé que la falta de cooperación convierte en inimputable el hecho típico (la falta de conexión física y funcional de las redes). La diferencia se justifica en la distinta naturaleza de uno y otro incumplimiento. La falta de cooperación del acreedor de interconexión hace materialmente imposible el cumplimiento del deudor. El incumplimiento deviene imposible por causa no imputable al deudor. La imposibilidad de ofrecer la conexión física y funcional es en este supuesto un

¹⁸⁵

Vid. *supra* E, apdo. a).

atributo objetivo de la prestación. Por otra parte, la falta de pago no conlleva la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento de la prestación. Ciertamente, la falta de pago puede hacer económicamente insostenible el mantenimiento de la conexión. Pero ésta no es una cualidad que afecte a la prestación en sí, sino al mantenimiento de la equivalencia entre las prestaciones recíprocas. El Ordenamiento no puede amparar el incumplimiento de obligaciones entre particulares, ni el desequilibrio de prestaciones, pero sí puede articular distintos sistemas de tutela para estos bienes jurídicos. El operador que sufre la falta de pago no puede desconectar las redes *de motu proprio*. Ello supone una medida de autotutela privada, contemplada de forma excepcional en el ordenamiento sectorial de las telecomunicaciones (cfr. art. 4. 2 RIN) y no prevista para el supuesto de falta de pago. La forma de tutelar la situación jurídica individualizada en este caso es mediante la reclamación civil de cantidad y la pretensión de resarcimiento de los daños causados.

Para evitar estas consecuencias negativas de la no intervención de la CMT y ante la ausencia de previsión normativa, conviene que sean los operadores quienes subsanen esta deficiencia, mediante la inclusión en el acuerdo de interconexión de una cláusula por la que ambos se obliguen a solicitar autorización a la CMT para desconectar sus redes, incluso aunque el acuerdo se resuelva por resolución judicial. En la OIR de Telefónica para operadores con licencias de tipo A y B (versión junio 2000), se prevé expresamente la obligación de los operadores partes de acuerdos generales de interconexión de solicitar a la CMT su autorización para la desconexión de las redes, cuando concurren las causas que justifican la extinción del acuerdo¹⁸⁶.

2º) La intervención de la CMT es un instrumento para garantizar el

¹⁸⁶ La cláusula 12.1.5 del contrato-tipo de interconexión contenido en dicha OIR dispone que “cualquiera de las partes podrá solicitar de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la desconexión de la red [...] cuando, concurriendo alguna de las causas de extinción previstas en la cláusula 15 (entre las que se incluye la resolución por incumplimiento de obligaciones esenciales), la naturaleza de ésta haga indispensable la desconexión de la red de alguna de las partes”. Del tenor literal de esta cláusula se pueden extraer dos datos: 1º) La intervención de la CMT autorizando la desconexión es una facultad que se atribuye a cualquiera de los operadores, concurriendo los supuestos previstos en el contrato; 2º) además de la concurrencia de alguna de las causas de extinción del contrato previstas en el mismo, es preciso que “la naturaleza de ésta haga indispensable la desconexión de la red de alguna de las partes” (cláusula 12, apdo. 1.5). Como se observa, del tenor literal de las cláusulas de la OIR se deduce la “posibilidad” de solicitar la desconexión, pero no se contempla expresamente el “deber” de los operadores de solicitar a la CMT la autorización para desconectar.

mantenimiento de la competencia en el mercado de las telecomunicaciones y en particular, para tutelar el interés público en la interconexión de las redes, función que la Ley encomienda expresamente a la CMT [art. 1.Dos, apdos. 1 y 2, letras c) y f) Ley 12/1997]. Por ello, el hecho de que la desconexión esté justificada en el incumplimiento contractual no ha de restringir las potestades de la CMT para salvaguardar el interés público.

En cuanto garante del interés público en la interconexión de las redes y servicios públicos de telecomunicaciones, corresponde a la CMT autorizar *la desconexión* de las redes. Sus atribuciones competenciales no le habilitan para pronunciarse sobre la *resolución* del vínculo obligatorio, esta es una cuestión que atañe únicamente a la autonomía de los contratantes y en su caso, al juez civil o a quien ejerza una función arbitral¹⁸⁷. Sin embargo, en cuanto el acuerdo es instrumento de cumplimiento del deber público de interconexión (art. 22.1 LGT) y sus efectos (la conexión física y funcional de las redes) no atañen únicamente a los contratantes, la *desconexión* exige la intervención previa de la CMT. A la valoración de intereses realizada por el juez civil (interés del acreedor e interés del deudor), se añade la valoración realizada por la CMT. Ésta no versa sobre la elección del remedio contractual más satisfactorio para el acreedor y menos gravoso para el deudor, sino en la adopción de la medida menos lesiva para el interés general.

3º) A pesar del silencio de la legislación sectorial sobre este extremo, es posible apoyar la intervención de la CMT en una interpretación *a fortiori* del art. 4.2 RIN. Es ésta la única norma que prevé como preceptiva la intervención de la CMT, autorizando la desconexión de las redes en el supuesto incumplimiento de los requisitos esenciales (seguridad e integridad de las redes, interoperabilidad de los servicios y protección de datos). Como para la suspensión del cumplimiento de obligaciones de interconexión, la interpretación *a fortiori* de esta norma permite concluir que la intervención de la CMT previa a la desconexión de las redes es preceptiva, aunque nada establezca el acuerdo sobre el particular. El

¹⁸⁷

Vid. lo dicho respecto a la apreciación de la concurrencia del incumplimiento resolutorio.

incumplimiento de los requisitos esenciales (seguridad e integridad de las redes, interoperabilidad de los servicios y protección de datos) constituye un incumplimiento esencial de obligaciones contractuales [cfr. arts. 22.2 LGT, 4.1 y 8.1.e) RIN]. Pero a pesar de su carácter esencial, sólo si el incumplimiento ocasiona riesgos para las personas o para la integridad de las redes, los operadores podrán desconectar por sí mismos en los términos estrictos establecidos por el art. 4.2 (comunicación a la CMT en el plazo de 24 horas para que ella corrobore o levante la medida y obligación del operador de resarcir los daños, si la CMT encuentra injustificada o desproporcionada la medida). Si esto es así para obligaciones de naturaleza no económica, como es la adopción de medidas para la salvaguarda de los requisitos esenciales (cfr. anexo LGT), con mayor razón el incumplimiento de obligaciones de naturaleza puramente económica ha de exigir la intervención de la CMT autorizando la desconexión de las redes. En otros términos, si un incumplimiento “más grave”, como es el de los requisitos esenciales, no justifica la desconexión unilateral del operador perjudicado, salvo en el supuesto del art. 4.2.II, con mayor razón, el incumplimiento de obligaciones de naturaleza puramente económica, como es la falta de pago, exigirá la intervención de la CMT autorizando la desconexión física y funcional de las redes.

4º) Por analogía, si sólo la CMT puede exonerar caso a caso y de forma temporal del deber de proveer interconexión (art. 22.1.II LGT), también ha de ser ella quien se pronuncie sobre la procedencia de la desconexión en el caso concreto.

5º) En favor de la intervención previa de la CMT cabe esgrimir también un argumento de equidad. Y es que previsiblemente, la desconexión ocasionará al operador interconectado un daño proporcionalmente mayor que el que ocasiona la falta de pago al proveedor de interconexión. La desconexión ocasiona al interconectado una pérdida de clientela difícilmente recuperable; mientras que la falta de pago es siempre compensable. Obviamente, la falta de pago no se puede prolongar *sine die*, no sólo porque ello causa un daño injusto al

proveedor de interconexión sino también porque implica que el operador “subvenciona” la actividad empresarial de su competidor, lo que acabará por introducir distorsiones a la competencia. La intervención de la Comisión previa a la desconexión es una medida que permite articular los diversos intereses en conflicto.

6º) Pero con ser suficientes ninguno de los argumentos propuestos es definitivo. Los argumentos definitivos son la configuración legal del derecho de interconexión como “derecho indisponible” por su titular y los límites a la libertad contractual derivados del deber legal de interconexión (art. 22.1 LGT).

Se ha de partir de las premisas sobre las que se ha insistido a lo largo de todo este estudio. Si desde el primer capítulo se ha defendido: *i)* que no existe “obligación de contratar interconexión” (sino de tener interconectadas las redes); *ii)* que el derecho de interconexión configurado por la LGT es un derecho sustancialmente disponible por la CMT que puede imponer su ejercicio (art. 22.3 LGT) o limitarlo en ciertos casos (art. 22.1.II LGT) y ni siquiera el juez puede sustituir esta intervención; *iii)* que el acuerdo de interconexión es un instrumento de cumplimiento del deber público de interconexión, pero no el único (el otro es el acto administrativo de la CMT que exige la interconexión); coherentemente, se ha de sostener ahora, que tampoco la desconexión es libremente disponible por el titular del derecho a desconectar. Como el derecho a interconectarse, el derecho a conservar o suprimir la conexión es indisponible por los operadores (derechos subjetivos imperfectos). Igual que la conexión, la desconexión es sustancialmente disponible por la CMT, que ha de pronunciarse sobre dicha circunstancia.

La intervención de la CMT forma parte de su potestad de “exigir interconexión efectiva” e imponer condiciones a la misma (art. 22.3 LGT). La CMT ha de valorar si la eventual desconexión de las redes (justificada en el incumplimiento de la contraparte) lesiona el interés público¹⁸⁸. En caso

¹⁸⁸ La CMT ha de ponderar los diversos intereses en conflicto. Naturalmente, no puede exigir al operador sacrificios desproporcionados. Esta intervención de la CMT y los distintos elementos a valorar han sido ya analizados a tenor del art. 25 LGT, a lo que me remito [vid. *supra* epgr. 2.1). apdo. D.3].

afirmativo, desautorizará la desconexión e impondrá condiciones a la misma.

Que esta intervención se incluya en la potestad-función administrativa atribuida por el art. 22.3 LGT, tiene importantes consecuencias conforme a la posición aquí defendida. Y es que la resolución administrativa que desautoriza la desconexión y en su caso, fija condiciones integra el contrato, convirtiéndose en “lex contractus” vinculante para el aplicador del Derecho.

No cabe duda de que a pesar de considerar esta potestad administrativa, -la de autorizar la desconexión-, como una potestad integrada en la de exigir interconexión (art. 22.3 LGT), la intervención administrativa constituye simultáneamente la resolución de un conflicto de ejecución del acuerdo de interconexión (art. 25 LGT)¹⁸⁹. Al resolver el conflicto, la CMT ha de “tener en cuenta” los distintos criterios enumerados por el artículo 2.6 RIN. De la citada lista, interesan ahora tres: “las obligaciones o restricciones reglamentarias impuestas a cualquiera de las partes” (letra b); las posiciones relativas de las partes en el mercado (letra h) y el interés público (letra i).

El interés público puede justificar la negativa de la CMT a autorizar la desconexión; pero la atención a las obligaciones impuestas a cada una de las partes, en particular, la obligación de cumplir los acuerdos de interconexión (arts. 1091 y 1258 CC¹⁹⁰); y las posiciones relativas de las partes, no sólo en el mercado, sino también en la relación contractual (desequilibrio entre las prestaciones recíprocas, motivado por el incumplimiento de una de ellas), conducirán a la CMT a fijar condiciones de interconexión más gravosas para el operador incumplidor.

¹⁸⁹ Obsérvese que aquí se ha explicado esta intervención como un contenido posible de la resolución que dirime un conflicto sobre interpretación y ejecución de acuerdos de interconexión *ex* art. 25 LGT [vid. *supra* epgr. 2.1). apdo. D.3].

¹⁹⁰ Adviértase que aunque el art. 2.6, b) RIN se refiere a “obligaciones reglamentarias”, *a fortiori*, no sólo las reglamentarias, sino también las legales. En este caso la obligación legal que ha de ser cumplida es la de cumplir los contratos en los que se es parte.

En *definitiva*, la intervención de la CMT, previa a la desconexión, es un instrumento para que ésta cumpla sus funciones en relación a la salvaguarda del interés público en la interconexión y una forma de ahorrar costes, en cuanto se evita cualquier riesgo de que quienes han desconectado legítimamente sus redes, se vean obligados, igualmente de forma legítima, a volverlas a conectar. Además, es una forma de garantizar que el interés público y privado en la interconexión, tutelados por la CMT y el juez civil, respectivamente, queden adecuadamente protegidos¹⁹¹. Ambos -órgano judicial civil y CMT o en su caso, órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa- son competentes para aplicar la normativa sectorial, pero ello no impide que a través de la misma se tutelen diversos intereses¹⁹².

Con todo, no parece que el elenco de argumentos aquí propuesta pueda excluir el *riesgo de pronunciamientos contradictorios*. Es decir, que exista una sentencia judicial que declara la resolución del contrato por incumplimiento, cuyo efecto es la liberación de los obligados y la desconexión de las redes y simultáneamente, una resolución de la CMT que exige la interconexión efectiva (deniega la desconexión) por razones de interés general (art. 22.3 LGT).

Es muy probable que el supuesto planteado aparezca sólo en casos extremos. Cabe pensar que el principio de lealtad institucional poderes públicos [art. 4, a) Ley 30/1992, por analogía] conduzca a los distintos aplicadores del Derecho a actuar de forma coordinada. De modo que iniciado un proceso civil sobre resolución de un acuerdo de interconexión, el juez suspenda éste hasta que

¹⁹¹ Desde mi punto de vista, esta finalidad no quedaría adecuadamente satisfecha por la mera exigencia de un informe preceptivo de la CMT, aportado al proceso civil. Es la CMT y no el juez civil quien ha de resolver los conflictos valorando el interés público.

¹⁹² La propia CMT tiene declarado que el bien jurídico protegido por la normativa sobre interconexión es “la garantía de la competencia efectiva y la protección del derecho de los consumidores a disfrutar de los servicios facilitados por los diversos operadores a unos precios basados en criterios objetivos, proporcionales, transparentes y no discriminatorios” (Res. CMT de 22-2-01, apdo. II). La correcta aplicación de esta normativa exige no perder de vista el bien jurídico protegido por la misma, bien que puede no ser adecuadamente protegido si no se articulan vías para que la CMT intervenga en el proceso o ejecución de sentencias civiles, que tratan de tutelar los intereses de los contratantes y no tanto los intereses de terceros ajenos al contrato o el propio interés general.

intervenga la CMT o que la aportación de informes al proceso impida llegar a pronunciamientos contradictorios. Pero si aún realizadas estas actividades coordinadas, CMT y juez resolvieran el conflicto de forma distinta, por los diversos intereses tenidos en consideración, ambas resoluciones son igualmente eficaces y ejecutivas.

Obviamente, afirmar que la CMT ha de autorizar la desconexión de las redes, incluso cuando ello esté justificado en un incumplimiento contractual no significa que se prive al juez de una competencia que, sin duda le corresponde en exclusiva, como es la de declarar resueltos los contratos de Derecho privado (art. 1124 CC). Ni tampoco implica condicionar la eficacia de la sentencia judicial a la intervención de un órgano administrativo (que valora los hechos y aplica el Derecho desde la perspectiva del interés público). *La sentencia judicial que declara la resolución del acuerdo de interconexión es plenamente eficaz. Sus efectos, -esto es, la no vigencia de la regulación contenida en el contrato y en su caso, la restitución de prestaciones entre los operadores-, se despliegan desde el momento que indique la propia sentencia, sin necesidad de intervención de ningún órgano administrativo. Lo que aquí se defiende es que por razones de interés general y de eficiencia de la aplicación del Derecho, el juez no ha de declarar resuelto el acuerdo de interconexión, si existe una resolución administrativa que por razones de interés público desautoriza la desconexión. Si lo hace, su sentencia puede convertirse en “materialmente ineficaz”, porque la resolución administrativa crea una nueva relación jurídica de interconexión que se regulará por las condiciones impuestas por la Comisión (art. 22.3 LGT).*

Atribuir a la CMT esta potestad de autorizar la desconexión de las redes tampoco significa que la CMT deba someterse a la resolución judicial que declara resuelto el contrato. Cuando la CMT pondera los intereses en conflicto y decide la interconexión no ha de estar vinculada por la previa decisión judicial. Sus intervenciones persiguen distintos objetivos. El juez civil interviene a petición de parte, que reclama la defensa de sus derechos e intereses; en cambio, la intervención de la CMT responde a la presencia de un interés público que exige la

acción de la Administración pública para salvaguardar el mantenimiento de la interconexión como garantía de la competencia en el mercado y de la interoperabilidad de los servicios¹⁹³.

Por último he de apuntar que aunque, como admite la doctrina y la jurisprudencia, cabe la resolución contractual extrajudicial, la desconexión “extraadministrativa” es sancionable. El operador que desconecta sus redes de *motu proprio* incurre en el hecho típico del artículo 79.10 LGT (incumplimiento de obligaciones de interconexión) y el incumplimiento por el otro operador de sus obligaciones contractuales no es causa justificante que impida en todo caso la imposición de la sanción.

Las facultades de la CMT se limitan a pronunciarse sobre la desconexión de las redes, pero no alcanza a declarar el incumplimiento contractual y la consiguiente resolución del acuerdo¹⁹⁴. El posible pronunciamiento de la CMT autorizando la desconexión opera en el ámbito puramente administrativo y sirve para que el operador no sea sancionado por la Administración por incumplimiento de obligaciones de interconexión (art. 79.10 LGT).

¹⁹³ Este modo de resolver la concurrencia de órganos -administrativos y judiciales- en el conocimiento de unos mismos hechos no es nuevo en nuestro Ordenamiento. En su Resolución de 18-12-1991, recaída en el expediente sobre prácticas llevadas a cabo por Cofradías de Pescadores (BOMEH, 1992, pág. 1208), el TDC se pronunció con rotundidad sobre este extremo: “...una sentencia dictada en un proceso civil, inspirado esencialmente en el principio dispositivo, en cuanto dirigido a la satisfacción de pretensiones privadas y en el que no han tenido ninguna intervención el TDC, no debe impedirle el ejercicio de la competencia que tiene atribuida...”. También el TC, en sus sentencias 24/1984 y 70/1989, de 20 de abril, ha considerado aceptable la percepción distinta en el orden administrativo y civil de unos mismos hechos o conductas.

¹⁹⁴ En su resolución de 19-10-2000, *Telefónica-American Telecom*, la CMT se ha pronunciado sobre estas cuestiones: ha declarado la existencia de un incumplimiento resolutorio (la falta de pago por *Americian Telecom*) y ha declarado la existencia del derecho de *Telefónica* a resolver el contrato de interconexión. Con todo, estas declaraciones no vinculan al juez civil. Se limitan a constatar supuestos de hecho que sirven posteriormente para autorizar la desconexión de las redes, pero carecen de efectos civiles en lo que se refiere a la resolución del vínculo obligatorio (FD 4º).

F) Consecuencias civiles del incumplimiento de obligaciones de interconexión nacidas de la Resolución de la CMT.

Por obligaciones de interconexión entiendo aquí el conjunto de obligaciones de Derecho público y de Derecho privado que nacen de las resoluciones de la CMT, que exige la interconexión efectiva y en su caso, impone las condiciones de interconexión.

La resolución de la CMT en la que se exige el cumplimiento de la obligación legal de interconexión (obligación material de interconexión) es un acto administrativo de *ascertamento o fijación*. Éste, como la mayoría de los actos administrativos, está dotado de eficacia ejecutiva. Su incumplimiento constituye una infracción sancionable (art. 79.15 LGT). La CMT ha de velar por el correcto cumplimiento de dicho acto y en el supuesto de que el obligado u obligados no lo cumplieran de *motu proprio*, le corresponde a ella iniciar el procedimiento de ejecución forzosa del acto administrativo (arts. 95 y ss Ley 30/1992) y en su caso, abrir expediente sancionador por infracción de sus resoluciones (art. 79.15 LGT).

Como ya se ha puesto de manifiesto, entre CMT y operadores media una relación de sujeción especial. En virtud de ella, se imponen a los operadores deberes de Derecho administrativo, cuyo cumplimiento se tutela por técnicas de Derecho público (ejecución forzosa administrativa y sanción). Pero sin perjuicio de dicha relación administrativa, la resolución de la CMT también constituye un vínculo obligacional entre los dos operadores destinatarios de la misma, análogo al que se hubiera constituido si hubieran celebrado autónomamente un acuerdo de interconexión. Ambos operadores están recíprocamente obligados al cumplimiento de prestaciones de dar, hacer o no hacer y cada uno de ellos puede patrimonializar el cumplimiento de las citadas prestaciones ante la jurisdicción civil, al menos mediante el ejercicio de una pretensión resarcitoria (art. 1101 CC).

La consecuencia de lo que acaba de constatarse es que *a la relación jurídica constituida por el acto administrativo de eficacia interprivada es*

*aplicable el Derecho privado con los límites que seguidamente se exponen. Estos límites en la aplicación del Derecho privado a las relaciones jurídicas constituidas por actos administrativos de eficacia interprivada justifican la calificación de las obligaciones de Derecho privado, nacidas del acto administrativo, como obligaciones de eficacia interprivada imperfecta*¹⁹⁵.

En principio y sin perjuicio de ulteriores matizaciones, cualquiera de los operadores vinculados en una relación jurídica de interconexión, constituida por un acto administrativo, dispone de los “remedios del acreedor” para exigir la responsabilidad del deudor, cuando el incumplimiento de éste ocasione la frustración de sus legítimas expectativas. En concreto, este acreedor puede ejercer una pretensión de cumplimiento específico o por equivalente a costa del deudor (arts. 1096, 1098 y 1099 CC), así como una acción de resarcimiento por los daños causados (art. 1101 CC).

F.1. Pretensión de cumplimiento.

El acto administrativo es fuente inmediata de la obligación de interconexión, instrumento a través del cual se concreta la obligación legal de interconexión (art. 1090 CC). En virtud de dicho acto administrativo de eficacia interprivada, los operadores ostentan un derecho subjetivo propio que les legitima para exigir ante la jurisdicción civil el cumplimiento específico o por equivalente de las obligaciones nacidas de dicho acto (arts. 1096, 1098 y 1099 CC).

No obstante, entiendo que a estos efectos *se ha de distinguir entre la obligación de facilitar la interconexión (proveer y soportar la conexión física y funcional), derivada de la resolución administrativa y el resto de obligaciones igualmente derivadas de dicha resolución (v.gr. pagar el precio)*. En relación a la obligación de proveer interconexión, no creo que el ejercicio de la pretensión civil de cumplimiento resulte interesante para al acreedor, ni tampoco que prospere, en caso de ser ejercida ante un órgano de la jurisdicción civil. Respecto al resto de

¹⁹⁵

V. Cap. II, epgrs. 4.2 y 5.2.

obligaciones nacidas del acto administrativo, también existen dificultades para que su ejercicio ante la jurisdicción civil prospere, pero su ejecución en vía civil puede resultar de mayor utilidad para el perjudicado.

a) *De la obligación de facilitar la interconexión (proveer y soportar la conexión física y funcional).*

La CMT salvaguarda el interés público en la interconexión de las redes y como tal, garantizará el cumplimiento de la resolución en la que exige la interconexión efectiva. Por la eficacia ejecutiva del acto administrativo (arts. 56 y 94 Ley 30/1992), que disciplina la relación jurídica entre los operadores, y en virtud del principio de autotutela ejecutiva de la Administración, será la propia CMT quien, de oficio o a instancia de cualquier otro interesado, proceda a la ejecución forzosa del acto administrativo (art. 95 Ley 30/1992)¹⁹⁶. Si la resolución administrativa que exige la interconexión es incumplida (las redes no están interconectadas, los servicios de interconexión no se prestan o se prestan defectuosamente), la propia CMT adoptará los medios de ejecución forzosa previstos en la Ley 30/1992 (art. 96), en particular la multa coercitiva [arts. 96.1.c) y 99] y en su caso, la ejecución subsidiaria a costa del deudor [arts. 96.1, b) y 98].

La prestación de interconexión es una prestación de hacer fungible (art. 98.1 LRJAPC). Por ello y sin perjuicio de la correspondiente autorización judicial

¹⁹⁶ Lo expuesto en el texto no implica afirmar que exista una correlación necesaria entre acto administrativo y coacción ejecutiva de la Administración. Excede de los límites de este trabajo el estudio de la cuestión enunciada (vid. GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso, I*, págs. 758 y 760. A los efectos que aquí interesan, baste indicar que la resolución de la CMT, que exige la interconexión efectiva y en su caso, impone las condiciones de interconexión (así como la resolución del mismo órgano que resuelve conflictos de interconexión) no está incluida entre los actos administrativos que no son susceptibles de coacción ejecutiva (actos que imputan obligaciones a la Administración, actos de contenido puramente declarativo, actos que imponen obligaciones personalísimas de hacer o actos que imputan obligaciones a Administraciones distintas a la autora, cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T.R., *ibídem*, pág. 760). Al margen de cual sea la naturaleza jurídica de su carácter autoejecutivo, lo cierto es que la Administración, concretamente, la CMT, está exenta de la carga de impetrar del juez el uso de la coacción pública. A diferencia de los demás sujetos, puede proceder por sus propios medios a alterar de manera válida una situación de hecho, sin recabar para ello el auxilio del juez.

cuando ésta sea precisa (art. 8.5 LJCA), la Administración tiene potestad para ejecutar el acto incumplido de forma subsidiaria y en beneficio del perjudicado. Puede, por sí misma o a través de un tercero, habilitar la red de forma apta para la interconexión, realizar las pruebas pertinentes y suministrar al operador-acreedor la información técnica precisa para proceder a la interconexión física y funcional de las redes. Los gastos de ejecución, incluidos los daños y perjuicios que eventualmente puedan producirse, corren a cargo del obligado por el acto que se pretende ejecutar (art. 98, apdos. 2 y 3), pudiendo exigírsele el pago previo a la ejecución, de forma provisional y a reserva de la ulterior liquidación definitiva (art. 98.4 LRJAPC). El operador obligado debe tolerar cuantas acciones sean necesarias para llevar a cabo la ejecución y su resistencia puede ser removida empleando otros medios de ejecución forzosa, concretamente la compulsión sobre las personas [arts. 96.1.d) y 100 LRJAPC].

Este último medio de ejecución forzosa (la coacción sobre las personas) también se empleará cuando se pretenda ejecutar el cumplimiento de las prestaciones de no hacer o soportar, que también integran la prestación de interconexión¹⁹⁷.

A través de la ejecución forzosa administrativa o, en otros términos, intervención coactiva de la Administración con eficacia interprivada, la CMT garantiza la interconexión, de modo que se preserve la interoperabilidad de los servicios y la competencia en el mercado, y el operador acreedor de interconexión satisface su interés en el cumplimiento de esta prestación. El resultado práctico de esta ejecución es el mismo que el obtenido de la ejecución forzosa en sede civil¹⁹⁸. Por una u otra vía, se obtiene el cumplimiento de la prestación de interconexión, entendida como conexión física y funcional de las redes. Igual que la intervención

¹⁹⁷ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso*, I, pág. 775.

¹⁹⁸ La equivalencia práctica entre ejecución forzosa civil y administrativa se sustenta en la propia definición de ejecución forzosa administrativa. El profesor GARCÍA DE ENTERRÍA afirma que la ejecución forzosa de un acto administrativo “implica llevar a su aplicación práctica, en el terreno de los hechos, la declaración que en el mismo se contiene, no obstante la resistencia, pasiva o activa, de la persona obligada a su cumplimiento” (GARCÍA DE ENTERRÍA, E Y FERNÁNDEZ T.R., *Curso*, I, pág. 759).

del juez civil, la intervención administrativa restaura la situación jurídica individualizada del perjudicado por el incumplimiento de la contraparte.

El ejercicio de la acción civil de cumplimiento de la obligación de proveer interconexión nacida del acto administrativo no es una opción eficiente para el operador. Éste puede obtener el mismo resultado a menor coste y de forma inmediata. Para ello, le basta solicitar ante la Administración la ejecución forzosa del acto administrativo (art. 98 LRJAPC), que goza del privilegio de ejecutoriedad inmediata (arts. 56, 94 y 95 LRJAPC) y del mantenimiento de esa ejecutoriedad a pesar de su eventual impugnación administrativa (art. 111 LRJAPC) o jurisdiccional, sin perjuicio de la adopción de medidas cautelares.

Por otro lado, en el improbable caso de que el operador ejerciera su pretensión ante la jurisdicción civil, existen razones fundadas para cuestionar que el juez acepte su competencia para conocer de la misma.

En general, el principio de autotutela de la Administración impide al juez interferir en la ejecución forzosa de los actos administrativos¹⁹⁹. Su intervención en la ejecución del acto administrativo puede justificar la interposición un conflicto positivo de competencia ante el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, conforme a la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales de 18 de mayo de 1987 (LCJ). La CMT, a través del Ministerio de Economía (art. 3 LCJ), dispone de esta vía para defender su competencia exclusiva para conocer de la ejecución de la resolución que exige la interconexión efectiva y fija sus condiciones. Sin embargo, tratándose de un acto administrativo de eficacia interprivada, cabe pensar que el juez civil está habilitado para exigir el cumplimiento del acto administrativo, en cuanto ello sea preciso para satisfacer los derechos subjetivos privados, reconocidos a los operadores por dicho título (el acto administrativo). Con todo, en el estado actual de la jurisprudencia, en el que no dejan de aparecer sentencias que nutren la “doctrina de la incomunicación” entre las normas civiles

¹⁹⁹ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso*, I, pág. 501.

y administrativas²⁰⁰, es muy dudoso que el juez civil acepte su competencia para conocer del cumplimiento o incumplimiento *de un acto administrativo* (no de una norma administrativa). *Lo más probable es que sin esperar a un posible conflicto de competencia con la CMT, el juez civil decline su competencia en favor de la propia Administración o de un órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 9.4 LOPJ).*

Las mismas observaciones son aplicables a las condiciones contenidas en un acuerdo de interconexión no por la voluntad autónoma de los operadores, sino por la voluntad heterónoma de la CMT (acuerdo heterointegrado por una resolución administrativa). También en este caso y sólo en relación a las condiciones impuestas por el acto administrativo, es probable que su cumplimiento sólo se exija en sede administrativa y por las vías proporcionadas por el Derecho administrativo (ejecución forzosa de los actos administrativos).

Desde esta perspectiva se justifica la calificación de la resolución de la CMT como fuente de *obligaciones de Derecho privado de eficacia imperfecta*. *La sede natural ante la que se exigirá el cumplimiento específico de la prestación de interconexión, derivada de la resolución de la CMT, no es un órgano de la jurisdicción civil, como correspondería a un derecho subjetivo privado, sino ante la Administración, en concreto la CMT y en su defecto, ante un órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 108 LJCA), lo que deriva de su cualificación como derecho subjetivo público.*

b) *Del resto de obligaciones derivadas de la resolución administrativa, en particular, el pago del precio.*

En principio, el incumplimiento de cualesquiera de las obligaciones nacidas del acto administrativo justifica su ejecución forzosa en sede administrativa (arts. 56, 57, 94 y 95 Ley 30/1992), así como la imposición de una sanción por su incumplimiento (art. 79.15 LGT). Sin embargo, tratándose del

²⁰⁰ Por citar sólo algún ejemplo reciente vid. STS 6-11-2000, que declara la validez de la venta de una vivienda de protección oficial con sobreprecio.

cumplimiento de obligaciones no relevantes directamente para el interés público, como es la de pagar el precio, es cuestionable que la CMT pueda ejercer el procedimiento de ejecución forzosa en beneficio del particular.

A diferencia del cumplimiento de la obligación de proveer interconexión, la ejecución forzosa en sede administrativa de estas otras obligaciones, en particular la del pago del precio, no es una opción eficiente ni para el operador perjudicado por el impago, ni para el interés general.

La ejecución forzosa de la obligación de pago del precio consistirá en una apremio sobre el patrimonio del incumplidor (art. 97 Ley 30/1992) y posterior reintegro de las cantidades adeudadas al acreedor. No obstante, existen dificultades legales para admitir esta actuación administrativa sobre las relaciones interprivadas. Ciertamente, esta forma de actuar de la Administración no es nueva en nuestro ordenamiento. La utilización de la vía administrativa de apremio en beneficio de personas o entidades de base privada se contempla, por ejemplo, en favor del concesionario de un servicio público (art. 128.4 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17-6-1955), de las Entidades urbanísticas colaboradoras (art. 301 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, norma que continúa en vigor tras la promulgación de la Ley 6/1998) o de las comunidades de usuarios de aguas públicas (art. 75. 4 Ley de Aguas de 2-8-1985). La atribución de este privilegio a ciertas entidades se justifica en que, en virtud de una habilitación legal suficiente, desempeñan determinadas funciones públicas por cuenta o encargo de la Administración, titular última de dichas funciones²⁰¹. Por otra parte, la posibilidad de reintegro a los particulares de cantidades percibidas por la Administración por razón de una relación de Derecho privado se contempla expresamente para los supuestos de venta o arrendamiento de viviendas de protección oficial con sobreprecio [arts. 36 d) RD 2960/1976 y 155 *in fine* Decreto 2114/1968)].

Al margen de estos supuestos concretos, no existe una norma general que

²⁰¹

Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso*, I, pág. 772.

atribuya a ciertos particulares el privilegio de beneficiarse de la ejecución administrativa sobre el patrimonio de un tercero. La casuística con la que se regula tal privilegio permite cuestionar si el operador de telecomunicaciones perjudicado por el incumplimiento de un tercero de sus obligaciones de pago, nacidas de un acto administrativo de eficacia interprivada (resolución CMT que exige interconexión efectiva y fija condiciones a la misma), puede solicitar el apremio sobre el patrimonio del incumplidor y posterior reintegro de las cantidades adeudadas.

En favor de una respuesta negativa opera la liberalización de los servicios de telecomunicaciones y su calificación como servicios de interés general y no como servicios públicos. Tales servicios se prestan en régimen de competencia (art. 2 LGT). Ya no es la Administración la titular última de su prestación. Por ello, la posición de los operadores de redes y servicios públicos de telecomunicaciones no puede ser equiparada a la de los concesionarios de servicios públicos u otras entidades que, por atribución legal expresa, ejercen funciones de titularidad pública.

En favor de una respuesta afirmativa a la cuestión planteada, cabe esgrimir la existencia de un interés público en el mantenimiento de la competencia en el mercado y de la interoperabilidad de los servicios [art. 3 LGT, particularmente letras a), d) y f)], objetivos sólo alcanzables a través de una adecuada interconexión. Naturalmente, la falta de pago de los servicios de interconexión convierte en insostenible el sistema y frustra los objetivos indicados. Supone un grave perjuicio para la competencia, en cuanto implica que un operador está subvencionando la prestación de servicios por otro competidor. Además, puede conllevar la eliminación de la interoperabilidad de los servicios, pues, ante la falta de pago, la prestación de servicios de interconexión se suspenderá o se interrumpirá definitivamente.

Con todo y aun cuando se acepte la posibilidad de ejecución sobre el patrimonio del incumplidor y ulterior reintegro de lo adeudado al operador perjudicado, *existen razones que aconsejan optar por la reclamación de cantidad*

en vía civil y no por este procedimiento administrativo. Éste supone exteriorizar los costes de cumplimiento de obligaciones que afectan principalmente al interés privado (sin perjuicio de su relevancia pública) y cuyo cumplimiento puede obtenerse en sede civil. Por otra parte, la necesidad de emisión de un nuevo acto administrativo posterior a la ejecución en el que se declare el derecho del perjudicado al reintegro de cantidades adeudadas priva al proceso de la inmediatez de la ejecución de los actos administrativos.

Considero que *tanto el interés público, como el interés del operador perjudicado por la falta de pago, resultan adecuadamente tutelados a través del ejercicio de la acción civil de reclamación de cantidad (art. 1096.II CC).* El operador no se verá obligado a esperar la ejecución en vía de apremio del patrimonio del deudor y, posteriormente, a que se reconozca su derecho al reintegro de las cantidades adeudadas. Por otra parte, la opción elegida implica una minimización de costes de intervención administrativa, sin que ello signifique la desprotección del operador perjudicado.

No obstante, existen ciertos obstáculos al éxito de la pretensión en vía civil del pago de lo adeudado. Como se ha expuesto, la *doctrina jurisprudencial de la incomunicación* entre los efectos civiles y administrativos del incumplimiento de las normas administrativas hace sospechar que el juez civil no aceptará su competencia para conocer de las pretensiones de dar basadas en un acto administrativo. Para vencer esta dificultad cabe argüir como argumento jurídico la existencia de una “relación obligatoria de hecho”²⁰², cuyo contenido principal es la prestación de servicios de interconexión. Si uno de los operadores ha prestado los servicios de interconexión, al margen de que tal prestación derive de la voluntad autónoma de los operadores o heterónoma del órgano administrativa, la doctrina del enriquecimiento injusto exige el pago de la prestación realizada. Desde esta perspectiva, el juez civil no puede declararse incompetente, so pena de infringir el derecho a la tutela judicial efectiva del operador cumplidor (art. 24 CE).

F.2. Resolución del vínculo obligacional.

Es obvio que el incumplimiento del acto administrativo no puede fundamentar una acción de resolución del vínculo obligacional. El carácter público de la fuente constitutiva de la obligación (acto administrativo) hace indisponible para los operadores su cumplimiento y en su caso, la extinción de sus efectos, salvo que el propio acto lo autorice.

El operador perjudicado por la vulneración de la regla que regula la relación de interconexión (v.gr. la falta de provisión de los servicios de interconexión o el incumplimiento de la obligación de pago) dispone de diversas opciones para tutelar su interés en el cumplimiento y en su caso, resarcir la frustración de dicho interés. A saber: *i)* puede denunciar los hechos a la CMT a fin de que ésta imponga la correspondiente sanción; *ii)* exigir a la CMT la ejecución forzosa del acto administrativo, en los términos expuestos; *iii)* exigir ante la jurisdicción civil, el resarcimiento de los daños que causados por el

²⁰² Sobre la conveniencia de utilizar este término y no el más extendido “relación contractual de hecho”, vid. FLUME, *El negocio*, pág. 130.

incumplimiento, si éste fuera imputable al deudor de una prestación (art. 1101 CC); iv) exigir ante la jurisdicción contencioso-administrativa, la indemnización por los daños derivados de la inactividad o actuación incorrecta de la CMT [art. 2.e) LJCA].

Pero ante el incumplimiento del otro operador, el perjudicado no puede suspender temporalmente el cumplimiento de sus recíprocas obligaciones, ni negarse al cumplimiento definitivo de las mismas, basándose en el carácter esencial o resolutorio del incumplimiento. De hacerlo, incurriría en una infracción administrativa (arts. 79.10 y 79.15 LGT). Sólo la intervención de la CMT declarando la ineficacia del acto en cuestión o sustituyéndolo por otro acto de contenido distinto, justifica la adopción de tales medidas por el operador perjudicado por el incumplimiento.

F.3. Pretensión resarcitoria.

De forma análoga al incumplimiento del contrato, también el incumplimiento del acto administrativo puede ocasionar daños a cualquiera de los operadores destinatarios del mismo. Correlativamente y siempre que el incumplimiento sea imputable al deudor, estos daños han de ser resarcidos.

El mecanismo procesal del que dispone el operador es la acción civil de resarcimiento. En nuestro ordenamiento, ni la Administración en general, ni la CMT, en particular, están habilitadas para conocer de las pretensiones resarcitorias de los daños ocasionados a los particulares por la actividad (o inactividad) de otros particulares. Es el juez civil quien conoce de estas pretensiones y conforme al régimen del Código civil.

El régimen de esta pretensión resarcitoria es el previsto en el artículo 1101 CC²⁰³. El daño al interés de uno de los sujetos se causa en el marco de una

²⁰³ El profesor CARRASCO ha calificado el artículo 1101 CC como norma que disciplina no sólo la responsabilidad contractual, sino la “genérica responsabilidad obligacional”, de modo que “tiende a convertirse en la regla general en nuestro sistema de responsabilidad obligacional”,

relación de prestación, en la que el interés del acreedor se satisface cuando el operador deudor cumple su deber de prestación. Este interés del acreedor se ve insatisfecho por el incumplimiento del deudor de la prestación debida, en virtud del acto administrativo. El daño es consecuencia de ese incumplimiento y por ello, el daño es “obligacional”.

No obstante, tratándose de una relación constituida por una resolución de la CMT o de un acuerdo heterointegrado por una resolución administrativa, no todo incumplimiento de las condiciones de ésta se valora como un incumplimiento obligacional. Ello sólo ocurre si la condición incumplida es “directamente protectora” del interés del operador interconectado²⁰⁴. Entre otras, son de este tipo las que obligan a prestar determinados servicios de interconexión, las que se refieren al pago del precio, las que establecen, en beneficio del solicitante, un plazo para la ejecución de la prestación de interconexión o las que obligan a habilitar determinados puntos de interconexión. No son de este tipo aquéllas que imponen obligaciones de publicidad del acuerdo, o las que establecen plazos no en beneficio de uno de los operadores, sino en beneficio del conjunto de los usuarios de telecomunicaciones. De hecho, la práctica totalidad de las condiciones contenidas en una resolución de la CMT en la que se exige la interconexión efectiva y en su caso, se establecen condiciones a la misma, se orientan a tutelar directamente los intereses del operador solicitante de interconexión, sin perjuicio de que sirvan *también* para salvaguardar el interés público en la interconexión de las redes públicas de telecomunicaciones.

Hecha la anterior precisión, el régimen de la pretensión resarcitoria fundada en el incumplimiento del acto administrativo por el operador obligado no difiere del aplicable a la pretensión contractual de resarcimiento, a la que se dedica el epígrafe siguiente.

siempre que la obligación que se infringe esté previamente constituida por ley, contrato o cuasi contrato (“Artículo 1101”, págs. 377 y 378, vid. también pág.410).

²⁰⁴ Cfr. CARRASCO PERERA, “Artículo 1101”, págs. 410 y 411.

G) Régimen del resarcimiento de los daños causados por el incumplimiento de las obligaciones nacidas del acuerdo de interconexión o de la resolución de la CMT (art.1101 CC).

G.1. Consideraciones generales.

La norma que impone el deber genérico de interconexión de redes (art. 22.1 LGT) tutela tanto los intereses privados de los operadores en lograr la interconexión, como el interés general en ésta. La norma se convierte en “directamente protectora” de un operador en cuanto acreedor de una interconexión específica y por tanto, sólo patrimonializable por él, cuando media un acuerdo de interconexión o una resolución de la CMT que concreta el deber hasta entonces inexigible. Obviamente, el “incumplimiento” del deber genérico de proveer interconexión carece de efectos indemnizatorios. El cumplimiento de este deber no es patrimonializable por ningún operador. Ninguno puede exigir a otro su cumplimiento y ninguno puede sufrir un daño por el incumplimiento, distinto al que sufre el conjunto de usuarios y operadores de redes y servicios públicos de telecomunicaciones.

Son el acuerdo de interconexión o la resolución de la CMT los actos que determinan la exigibilidad del cumplimiento y por ende, la posible causación de daños derivados del incumplimiento o cumplimiento defectuoso. Por el acuerdo de interconexión o la resolución de la CMT, el deber genérico se convierte en un vínculo obligatorio que une a ambos operadores y confiere a cada uno de ellos la posibilidad de exigir al otro, ante la jurisdicción civil, el resarcimiento de los daños derivados del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso de la prestación debida. Del ilícito consistente en el incumplimiento de obligaciones de interconexión, nacidas del acuerdo de interconexión o de la resolución de la CMT, surge una pretensión de resarcimiento de daños en favor del operador u operadores perjudicados ex art. 1101 CC. Es éste un efecto común al incumplimiento de las obligaciones de interconexión nacidas del acuerdo o de la resolución de la CMT.

El acuerdo de interconexión podrá contener la determinación de la responsabilidad de cada una de las partes, su limitación y en su caso, el alcance de las indemnizaciones (art. 8.2.g RIN).

Como es sabido, para que nazca la pretensión resarcitoria, conforme al art. 1101 CC, es necesario que concurran los siguientes *requisitos*: *a)* que exista un incumplimiento del tenor de la obligación (acuerdo de interconexión o resolución de la CMT); *b)* que dicho incumplimiento sea imputable al operador incumplidor a título de dolo o culpa; *c)* que se pruebe la causación de daños; *d)* que se acredite la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño causado.

El conocimiento de esta pretensión resarcitoria entre operadores corresponde al juez civil, aunque la CMT haya resuelto previamente el conflicto de interconexión (art. 25 LGT). Sin perjuicio de su función arbitral, este órgano administrativo no está habilitado en nuestro Ordenamiento para resolver pretensiones indemnizatorias entre particulares. El juez civil accederá a la pretensión indemnizatoria siempre que se cumplan los requisitos para su nacimiento. *No es preceptiva la intervención previa de la CMT declarando la existencia del incumplimiento²⁰⁵ y en caso de que esta intervención se produzca, el juez no está vinculado por el pronunciamiento administrativo.*

G.2. Incumplimiento obligacional.

La pretensión indemnizatoria nace cualquiera que sea la modalidad de incumplimiento (total, parcial o defectuoso y tardío) y al margen de que la obligación incumplida sea principal o accesorio.

²⁰⁵ Como ha señalado la doctrina, no parece aplicable en el régimen de la LGT la preclusión de la acción civil de reclamación de daños, en la forma que establece el artículo 13 LDC (Cfr. ARPÓN DE MENDÍVIL, A., CARRASCO, A. Y CRESPO, M., “La Administración de Telecomunicaciones”, págs. 873 y 858) .

La prestación de interconexión es una prestación de uso útil. El deudor de interconexión está obligado a proveer y soportar la conexión física de las redes y a mantenerla en condiciones aptas para prestar los servicios de interconexión durante el plazo estipulado en el acuerdo de interconexión o en la resolución administrativa que exige la efectividad de ésta. Cualquier acto del deudor que impida al acreedor de interconexión maximizar su utilidad durante el plazo indicado justifica la responsabilidad obligacional del deudor²⁰⁶. Tanto el incumplimiento de la prestación principal, como cualquier otro incumplimiento de obligaciones, nacidas del acuerdo o de la resolución de interconexión, que impida al acreedor mantener indemne su cifra de utilidad en la interconexión justifica la responsabilidad obligacional del deudor.

Obviamente, el incumplimiento de la obligación de pago del precio en el término estipulado también legitima una pretensión resarcitoria. Sin perjuicio del pacto de las partes, la falta de pago devenga intereses moratorios (art. 1108 CC).

G.3. Imputabilidad del incumplimiento al deudor.

Para calificar el incumplimiento como imputable al deudor, resulta útil analizar si el operador deudor de interconexión ha cumplido las normas técnicas que disciplinan la interconexión y tutelan el interés público en la misma. Son normas de este tipo la que exige al operador dominante la apertura a la interconexión de todas sus centrales de conmutación (art. 9.3 RIN); las normas contenidas en los títulos habilitantes que obligan a diseñar las redes de forma apta para la interconexión (v.gr. arts. 27.1.1 y 30.1 OL); las que imponen especificaciones técnicas determinadas, a efectos de garantizar la interoperabilidad (art. 29 LGT y las normas que completan dicho precepto). Tales normas no son directamente protectoras de los intereses de los operadores

²⁰⁶ Sobre el régimen jurídico de este tipo de prestaciones *vid.* CARRASCO PERERA, A., “La obligación del arrendador de mantener al arrendatario en la posesión útil de la cosa arrendada. (A propósito de la STS de 28 de octubre de 1985)”. *Poder Judicial*, 2ª época, núm. 1, marzo 1986, págs. 71-83.

interconectados y por ello, su infracción no justifica la condena resarcitoria²⁰⁷. Sin embargo, son elementos fundamentales para calificar como imputable el incumplimiento de obligaciones propias del deudor de interconexión (la conexión física de las redes, la prestación de los servicios de interconexión en las condiciones técnicas acordadas, la salvaguarda de los requisitos esenciales...etc). El incumplimiento de las normas indicadas es un criterio de imputación al deudor de interconexión del incumplimiento de sus obligaciones.

Como ya se indicó, el incumplimiento por el acreedor de las cargas que gravan su posición contractual, no tiene efectos liberatorios del cumplimiento de la prestación de interconexión, pero sí convierte en inimputable al deudor el incumplimiento de la misma²⁰⁸. La falta de cooperación necesaria para que el deudor pueda cumplir su deber de prestación (ej. negativa al suministro de información técnica requerida para llevar a cabo la interconexión, negativa a desplegar puntos de interconexión, retrasos en la realización de pruebas...etc) exonera al deudor de responsabilidad y hace inimputable el incumplimiento de sus obligaciones. El deudor no tendrá que resarcir los daños que por su incumplimiento (ausencia de interconexión) se hayan podido inferir al solicitante de interconexión o a terceros operadores que pudieran resultar perjudicados (v.gr. interconexión de tránsito).

Es el propio deudor “incumplidor” quien ostenta pretensiones resarcitorias frente al acreedor que se niega a cooperar en el cumplimiento. Así, podrá exigir al acreedor el resarcimiento por los gastos efectuados en atención a la petición de interconexión (ej. costes de negociación, elaboración de informes o proyectos técnicos, realización de pruebas...etc.), además de la indemnización por los daños que la conducta del acreedor le haya ocasionado (interés de indemnidad).

²⁰⁷ Vid. CARRASCO PERERA, A., “Artículo 1101”, pág. 411.

²⁰⁸ Cfr. *supra* E.1.

G.4. Daños resarcibles.

En defecto de pacto de los operadores (art. 8.2.g RIN), el alcance de los daños resarcibles es el resultante de la aplicación de los artículos 1106 CC y 1107 CC²⁰⁹.

El operador incumplidor de obligaciones de interconexión, -contractuales o administrativas de eficacia interprivada-, deberá resarcir tanto el daño emergente como el lucro cesante del operador perjudicado. En otros términos, deberá compensar al otro operador por los gastos realizados en orden al correcto cumplimiento, si éste resultara frustrado y los gastos inútiles (ej. gastos de habilitación de las redes para la interconexión en el plazo estipulado, gastos de despliegue de puntos de interconexión o de realización de pruebas en dicho plazo); los gastos tendentes a eliminar o minimizar las consecuencias negativas derivadas del incumplimiento (ej. emisión de locuciones de información a los usuarios sobre la no disponibilidad de determinado servicio, búsqueda de otras alternativas de interconexión); los costes de reparación del interés contractual de los usuarios afectados por la falta del servicio o la defectuosa prestación del mismo (pago de indemnizaciones a terceros perjudicados), así como las pérdidas de ganancia derivadas del incumplimiento (v.gr. contraprestaciones por servicios no prestados a usuarios finales o por servicios de interconexión de tránsito no prestados a otros operadores).

No obstante, se ha de tener presente que por la trascendencia pública de la interconexión y la posibilidad de que la situación jurídica individualizada de un operador quede tutelada por la intervención de la CMT, el incumplimiento obligacional no ocasionará en todo caso daños resarcibles. No siempre que exista un incumplimiento imputable al deudor de interconexión, se impondrá a este la

²⁰⁹ El examen detallado excede de los límites de este estudio. Me limito a destacar algunos aspectos peculiares respecto al alcance de la reparación y me remito a los comentarios de estos preceptos realizados por CARRASCO PERERA, A, en ALBALADEJO, M. Y DÍAZ-ALABART, S., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. EDERSA, 1989, Tomo XV, Vol. 1º, págs. 666 y ss.

obligación de reparar los daños causados. La razón es que no siempre se producirán tales daños. En numerosos casos, la intervención coactiva de la CMT (ex. arts. 22.3 y 25 LGT) y su potestad de adoptar medidas cautelares (art 1. Seis Ley 12/1997) mitigará o erradicará los daños derivados del incumplimiento. Así, en estos supuestos, los costes de habilitación de redes o de realización de pruebas no se reputarán inútiles y las pérdidas derivadas de la falta de interconexión pueden ser escasamente cuantiosas, si la CMT interviene, -siquiera de forma cautelar-, en un breve plazo desde que tiene conocimiento del incumplimiento.

Entre los daños ocasionados por el incumplimiento de obligaciones de interconexión, son particularmente importantes los que afectan a la posición competitiva del operador. Las posibilidades del perjudicado de competir con otros operadores desaparecen o disminuyen, si no se le facilita la interconexión en condiciones objetivas y no discriminatorias. El mismo efecto se produce, si se obstaculiza o retrasa la interconexión con el propósito de posponer su acceso al mercado o la implantación de nuevos servicios²¹⁰. Sin embargo, estos daños sólo serán resarcidos si el incumplimiento obligacional constituye, simultáneamente, un ilícito competencial. Esto es, una práctica restrictiva de la competencia (art. 1.1 LDC), un abuso de posición de dominio (art. 6 LDC) o un acto de competencia desleal (arts. 5 y 15 LCD).

Lo afirmado se justifica en dos argumentos. Por un lado, el criterio restrictivo con el que nuestra jurisprudencia enjuicia la demostración del lucro frustrado, apoyado en la necesidad de no cargar sobre el deudor las ganancias inciertas y basadas en meras esperanzas del acreedor (STS 12-2-1984); por otra parte, en la interpretación jurisprudencial igualmente restrictiva, si no desconocedora de la literalidad del art. 1107.II CC, conforme al cual, el deudor que incumple dolosamente deberá resarcir todos los daños que “conocidamente se

²¹⁰ Obsérvese las ventajas competitivas que se pueden derivar de estas conductas en un mercado que se desarrolla vertiginosamente y en el que un objetivo fundamental es una vez “capturado” el cliente, emplear grandes esfuerzos en “fidelizarlo”. Sobre la importancia de acceder a la interconexión en relación con la posición competitiva del operador, v. resolución CMT de 29-4-1999 (BT-Telefónica), apdo. III. b.

deriven de la falta de cumplimiento de la obligación”²¹¹.

No todo incumplimiento doloso de obligaciones constituye un ilícito competencial. Amén de otros requisitos que han de concurrir para la producción de los diversos ilícitos competenciales típicos, en la base de esta distinción entre incumplimiento obligacional doloso e ilícito competencial, que necesariamente exige una actuación dolosa, está una concepción diferenciada del dolo obligacional y del dolo extracontractual. El segundo equivale a un propósito de dañar; el dolo contractual es una voluntad de incumplir fundada en razones económicas del propio deudor (le resulta más barato no cumplir)²¹².

Las acciones para reclamar la indemnización por los daños competenciales son las expresamente mencionadas en la legislación de defensa de la competencia (arts. 13.2 LDC y 18.5ª LCD), cuyo régimen jurídico es el de las acciones de responsabilidad extracontractual (o “extraobligacional”, si se sigue la terminología aquí utilizada) del artículo 1902 CC²¹³.

²¹¹ La jurisprudencia española se ha limitado a desconocer el art. 1107, II CC, adoptando un criterio unificador próximo al vigente en la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías de 1980, que no distingue entre deudor que incumple por culpa y quien incumple por dolo (cfr. CARRASCO PERERA, A., “Artículo 1107 CC”, pág. 751).

²¹² Vid. CARRASCO PERERA, A., “Comentario al Artículo 1107 CC”, pág. 750.

²¹³ La aplicación de distintos regímenes de responsabilidad a la obligación de resarcimiento de daños no es una cuestión baladí. Las consecuencias de esta diferenciación se proyectan en tres ámbitos: *i*) el plazo de prescripción de las acciones (quince años, para la acción contractual y un año para la extracontractual ex arts. 1964 y 1968 CC, respectivamente); *ii*) la admisibilidad de cláusulas de exoneración del deudor (a salvo de los límites legales o jurisprudenciales a las posibilidades de limitación de la responsabilidad del deudor, sólo la responsabilidad contractual puede ser limitada o modulada por pacto de los interesados); *iii*) el régimen de responsabilidad por hecho de tercero (conforme al art. 1903 CC, el principal responsable puede quedar exonerado de la responsabilidad extracontractual del tercero, si prueba que no hubo culpa, pero responde en vía contractual de modo incondicional).

CONCLUSIONES

PRIMERA. El Derecho de las Telecomunicaciones es un claro ejemplo de los procesos de simultánea y recíproca “publificación” del Derecho privado y “privatización” del Derecho público. Concurren en este sector de la contratación muchos de los fenómenos que han alimentado las teorías acerca de la crisis del Derecho Civil y en particular, de la crisis del contrato y de la autonomía de la voluntad (contratos normados, contratos de adhesión, aprobación administrativa de los contratos...).

No obstante, más que poner de manifiesto una crisis, en mi opinión, lo que refleja este nuevo Derecho de las Telecomunicaciones es precisamente el triunfo de la autonomía privada. Se abre a la intervención de los particulares un sector del tráfico tradicionalmente reservado al Estado, en el que éste actuaba en régimen de monopolio. Tal circunstancia confiere a este sector un carácter peculiar, que exige una intervención especial de la Administración, no para coartar la autonomía privada sino para garantizar su efectividad, restringiendo el poder unilateral de ciertos agentes de mercado, así como para salvaguardar los otros objetivos de política de telecomunicaciones, en particular el servicio universal.

SEGUNDA. La regulación jurídica de la interconexión de redes y servicios públicos de telecomunicaciones ofrece una muestra de los rasgos que caracterizan a los nuevos ordenamientos sectoriales resultantes de los procesos de *neorregulación* o *re-regulación*, que han acompañado a los procesos de liberalización económica acometidos en el seno de la Unión Europea en los últimos veinte años.

Como el Derecho de las Telecomunicaciones en su conjunto, no debe adscribirse la regulación de la interconexión a un sector concreto del Ordenamiento. La interconexión no es una figura jurídica de Derecho público o de Derecho privado. Antes al contrario, las instituciones y técnicas del Derecho administrativo coexisten con las instituciones y técnicas de Derecho civil.

TERCERA. Respecto al concepto material de interconexión, se ha de definir ésta como conexión física y funcional de redes de telecomunicaciones, de forma que permita a los usuarios comunicarse entre sí (interoperabilidad) o acceder a los servicios prestados por los diversos operadores (competencia en redes y servicios). Los servicios de acceso a la red comprendidos en la definición de interconexión del Anexo de la LGT no son los servicios de acceso a red previstos en el artículo 24 de la LGT, sino la facilidad suministrada a los operadores de servicios telefónicos de prestar sus servicios al conjunto de clientes de las redes interconectadas, siempre que éstos lo soliciten mediante los mecanismos de selección o preselección de operador (interconexión de acceso). Así, la ampliación del concepto de interconexión introducida por el Anexo de definiciones de la LGT española no supone imponer a cualquier titular de red pública de telecomunicaciones, independientemente de su calificación como dominante, una obligación o deber genérico de proveer acceso especial a su red a cualquier otro operador de servicios telefónicos que lo solicite.

La citada ampliación del concepto de interconexión significa que todos los titulares de redes obligados a facilitar interconexión están obligados a proveer a los operadores de servicios telefónicos interconexión de acceso (entrega al operador interconectado de la señal originada en la red de acceso a la que está conectado el usuario origen). Sin embargo, esta ampliación sólo será efectiva cuando se imponga a todos los titulares de redes (también a los no dominantes) la obligación de implantar en sus redes procedimientos de selección y preselección de operador.

CUARTA. La LGT sólo es fuente mediata o indirecta de la obligación de facilitar interconexión (art. 22.1 LGT) en cuanto prevé las fuentes inmediatas de ésta: el acuerdo de interconexión (art. 22.2) y el acto administrativo emitido por la CMT (art. 22.3). La LGT es fuente mediata o indirecta de la obligación de facilitar interconexión (art. 22.1 LGT).

La LGT no impone a los titulares de redes públicas de telecomunicaciones una obligación de facilitar interconexión a cualquier solicitante de la misma. A pesar de su literalidad, el artículo 22.1 LGT establece únicamente un deber genérico de

dichos operadores de facilitar a cualquiera que lo solicite la interconexión (proveer y soportar la conexión de las redes de terceros a la propia red). La norma carece de eficacia jurídico-privada. Ningún operador es titular de un derecho subjetivo que le habilite para ejercer una pretensión civil de obtener interconexión. Tampoco incurre en infracción administrativa el operador que no atiende una solicitud de interconexión.

Este deber genérico impuesto por la LGT se convierte en un deber exigible jurídicamente cuando se concreta en un acuerdo de interconexión libremente celebrado entre los operadores o en una resolución de la CMT que exige la interconexión efectiva y en su caso, impone condiciones a la misma. A partir de su concreción por uno u otro instrumento, el deber genérico adquiere eficacia de Derecho privado (perfecta o imperfecta, respectivamente). Hasta entonces, el “incumplimiento” de obligaciones de interconexión no tiene otra relevancia que la de justificar la intervención de la CMT. El acuerdo de interconexión y la resolución de la CMT son las fuentes inmediatas de la obligación de interconexión.

La obligación de interconexión configurada por la LGT no es más que la atribución de competencia a un ente administrativo para integrar una relación jurídica privada, con carácter subsidiario a su reglamentación autónoma por las partes. Y es que si todos los operadores de redes y servicios públicos de telecomunicaciones están genéricamente obligados a facilitar la interconexión a cualquier operador del mismo tipo que lo solicite (art. 22.1 LGT) (cfr. acepción 1ª); si la relación de interconexión se disciplinará prioritariamente por el acuerdo de interconexión, libremente celebrado por los operadores (art. 22.2 LGT) (cfr. acepciones 2ª y 3ª) y en su defecto intervendrá la CMT exigiendo la interconexión efectiva o estipulando las condiciones de la misma (art. 22.3 LGT) (acepción 5ª); entonces los operadores obligados a facilitar la interconexión (técnica) no están obligados a celebrar acuerdos de interconexión, sino a soportar la reglamentación heterónoma impuesta por la CMT en defecto de acuerdo.

La obligación de interconexión, entendida como obligación de soportar la

reglamentación heterónoma de la CIT. en los términos descritos, armoniza varias exigencias del proceso de liberalización y neorregulación, que ha experimentado el sector de las telecomunicaciones: la primacía de la autonomía privada en la reglamentación de las relaciones de interconexión; la defensa de los intereses públicos en la interconexión y la protección de los nuevos operadores, que se encuentran en una posición negociadora inferior con respecto a los operadores tradicionales.

QUINTA. El derecho de interconexión al que se refiere la legislación sectorial (arts. 22.1 LAT. y 2.1 RIN) no es un derecho subjetivo privado y disponible a exigir la provisión de interconexión. Tampoco es un derecho a imponer acuerdos determinados, ni un derecho (negativo) a no interconectarse.

Es un *derecho subjetivo público* que confiere a su titular la facultad de solicitar a la CMT que imponga heterónomamente deberes de interconexión (hacer, no hacer y soportar), si el operador requerido de interconexión se niega a celebrar un acuerdo de interconexión u obstaculiza la negociación del mismo (arts. 22.3 y 2.2 RIN). Lo que reconoce la LGT a todo operador es un derecho genérico a que las redes estén física y funcionalmente conectadas y a que esta conexión se realice en condiciones jurídicas y económicas objetivas, transparentes y no discriminatorias. Este derecho es actualizable a través del acuerdo, libremente celebrado con el operador proveedor de interconexión, o de la resolución de la CMT. Sólo en presencia de acuerdo o de resolución de la CMT se puede hablar de derechos subjetivos privados, que legitiman al titular para exigir un comportamiento concreto (de hacer o de no hacer) en relación con una interconexión específica. Hasta que medie acuerdo o resolución de la CMT el derecho a interconectarse es un derecho sustancialmente disponible por la Comisión, que puede imponer coactivamente la relación de interconexión y limitar la obligación de facilitar la interconexión, temporalmente y caso por caso (art. 22.1.II LGT). Cuando se haya celebrado, el ejercicio de los derechos nacidos del mismo es libremente disponible por el operador-acreedor, salvo aquellos relacionados con el cumplimiento de obligaciones legales de interconexión.

SEXTA. La negativa a celebrar acuerdos de interconexión sólo es un comportamiento ilícito en aquellos casos en los que la negativa a contratar constituya un abuso de posición de dominio prohibido por el Derecho de la Competencia [arts. 6.2.c) LDC y 82 TUE y jurisprudencia comunitaria de las “essential facilities”]. La obligación de proveer interconexión derivada del Derecho de la competencia no se impone *a priori* a todo operador en posición de dominio y para cualquier interconexión.

La posición de dominio se define conforme al Derecho de la competencia y no conforme al Derecho de las telecomunicaciones.

Dentro del mercado de las formas de acceso al usuario final de servicios de telecomunicaciones, la interconexión a una red pública de telecomunicaciones es imprescindible e insustituible. Sólo ella puede satisfacer la demanda de interoperabilidad tanto de los operadores de servicios, como de los usuarios finales. El mercado de referencia es el mercado del servicio de interconexión de redes. Dicho en otros términos, el mercado del servicio que permite alcanzar un grado razonable de interoperabilidad y llegar a un número de clientes potenciales, idealmente equivalente a la totalidad de usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones, en un ámbito territorial determinado, bien directamente (interconexión de acceso y/o terminación) o bien indirectamente (interconexión de tránsito). El mercado relevante variará en función del tipo de interconexión solicitada (acceso, tránsito y terminación), ya que cada uno de ellos satisface necesidades distintas y no son intercambiables.

La determinación del mercado geográfico de referencia se realizará caso a caso. Aunque el Derecho de las telecomunicaciones considera “un único mercado nacional” de interconexión (art. 3 RIN *in fine*), nada obsta para considerar otros mercados geográficos si existieran (local, provincial, regional u otro área o demarcación en la que operan varios operadores).

Esta prohibición de abuso de posición de dominio trae causa en la doctrina

de las “facilidades o instalaciones esenciales” configurada por la jurisprudencia comunitaria. Especialmente significativas son las sentencias en los casos *Magill* y *Bronner*. En síntesis, el pilar sobre el que se asienta esta doctrina es el carácter esencial del producto o servicio cuyo suministro se niega, entendido en el sentido de que no existe ningún sustituto real o potencial. Según esta jurisprudencia, toda empresa en posición de dominio está obligada a proveer el acceso a sus instalaciones siempre que éstas sean imprescindibles e insustituibles para el desarrollo de una actividad comercial por un competidor, en el mismo mercado o en un mercado conexo, y la denegación pueda eliminar toda competencia en el mercado considerado o en otro derivado. Salvo que concurran causas objetivas que justifiquen la denegación, ésta constituirá un abuso de posición de dominio prohibido por el Derecho de la competencia. No cualquier denegación de acceso a sus instalaciones por el operador dominante constituirá un comportamiento abusivo, sólo en la medida en que la denegación elimine la competencia será un ilícito competencial (*Magill*). El excesivo coste económico que conlleva la creación de instalaciones alternativas en relación a la actividad del competidor que pretende el acceso no convierte a la instalación en insustituible. La imposibilidad de duplicar el producto cuyo suministro se está exigiendo o la inviabilidad económica de dicha duplicación son los requisitos a los que la jurisprudencia comunitaria ha subordinado la aplicación del artículo 82 TUE a la negativa de suministro realizada por un operador en posición de dominio (sentencia *Magill*). No obstante, se ha corregido tal criterio, de forma que la denegación sólo será abusiva cuando el suministro solicitado sea insustituible, siendo irrelevante la eficiencia económica de la sustitución (caso *Bronner*).

Conforme a esta doctrina, la denegación de interconexión será abusiva cuando no exista causa que la justifique y se impida u obstaculice el desarrollo o mantenimiento de la competencia en el mercado, por la inexistencia de alternativas a la interconexión solicitada.

Al determinar si existen o no alternativas y por tanto si es esencial la interconexión solicitada, será útil atender al tipo de interconexión. Es muy probable que existan otras alternativas cuando la interconexión es de tránsito; si la

interconexión es de acceso, la posibilidad de alternativas se reduce ya que lo habitual será que el bucle de abonado sea único, no obstante pueden existir bucle alternativos a los que interconectarse (ej. acceso vía radio, red de cable de fibra óptica, posibilidad de tender bucle propio alternativo); la posibilidad de vías alternativas a la interconexión solicitada es mínima o inexistente cuando la interconexión es de terminación. En interconexión de acceso el operador “puede decidir” el instrumento a través del cual llega a sus usuarios (mediante bucle propio, acceso vía radio...), en cambio para la terminación de las llamadas el operador está sometido a la decisión del usuario destinatario, es él quien elige el sistema a través del cual quiere recibir las llamadas y por tanto el operador que suministra el servicio al usuario origen de la llamada no tiene otra alternativa que terminar ésta por el sistema de acceso determinado por el destinatario. En tal caso, la interconexión es un auténtico “cuello de botella” y la negativa del operador -que suministra acceso al destinatario- constituirá un abuso de posición de dominio, si se cumplen el resto de los requisitos exigidos por la jurisprudencia comunitaria para la aplicación de la doctrina de las “essential facilities”.

Esta obligación de proveer interconexión derivada de la prohibición de abuso de posición de dominio ha de ser aplicada restrictivamente y valorando las circunstancias concurrentes en el caso concreto.

SEPTIMA. Los operadores de redes y servicios públicos de telecomunicaciones ostentan la *carga* de negociar de buena fe acuerdos de interconexión. Del incumplimiento de dicha carga nace el deber de soportar la reglamentación heterónoma de la CMT, que puede exigir la interconexión efectiva y en su caso, fijar las condiciones de la misma.

Desde esta perspectiva, el principio de autonomía privada no sufre menoscabo. Los operadores de redes y servicios públicos de telecomunicaciones son libres para negociar acuerdos de interconexión con cualquier operador (libertad de contratación) y para regular autónomamente sus relaciones jurídicas de interconexión (libertad contractual) (art. 22.2 LGT). La vinculación contractual surge porque las

partes consienten y aceptan la celebración de un acuerdo que reglamenta la relación de interconexión. Sólo existe un acuerdo de interconexión cuando ambos operadores, motivados por la efectiva o potencial intervención de la CMT o por la mera satisfacción de sus intereses, emiten el consentimiento contractual sobre el objeto y la causa del contrato (art. 1262 CC).

OCTAVA. La existencia de un interés público en la interconexión (interoperabilidad de los servicios), la preservación de la competencia en un sector donde ésta o no existe o sólo existe de forma incipiente y la protección de los competidores que se encuentran en una posición negociadora inferior justifica la existencia de normas imperativas que limitan la autonomía privada y la habilitación a la CMT para que salguarde el orden público económico en el mercado de la interconexión, restringiendo o corrigiendo la voluntad autónoma de los operadores. Estas normas sectoriales complementan, heterointegran o limitan la reglamentación autónoma privada.

La tutela de los intereses privados de las partes se somete a las reglas generales del Derecho de los contratos (ej. anulabilidad, resolución por incumplimiento, exclusión de la rescisión por lesión...). Ello a pesar de que en las relaciones derivadas de la interconexión, las posiciones de las partes son materialmente asimétricas. Los límites a los que se somete a la autonomía de la voluntad no se orientan a tutelar el interés de la parte que se encuentra en una posición negociadora inferior, como ocurre en el Derecho del Consumo. Responden principalmente a la necesidad de salguardar la competencia en un mercado caracterizado por un pasado monopolista, en el que ciertos operadores -los antiguos monopolios- se encuentran en una posición especialmente propicia para adoptar comportamientos anticompetitivos.

Por ello, los límites a la libertad contractual son especialmente intensos cuando uno de los operadores ha sido declarado dominante conforme al artículo 23 LGT. Entre algunas de las obligaciones peculiares de estos operadores en materia de interconexión, figura la de publicar una OIR, cuyo contenido puede ser modificada

por la CMT (art. 28 LGT). En este caso, la OIR aprobada por la Administración establece las condiciones mínimas de interconexión. Las partes podrán modificar estas condiciones en términos más favorables para el operador no dominante, pero no podrán ignorar el contenido de la Oferta. En ésta se establecen los precios máximos de interconexión, el número mínimo de puntos de interconexión que ha de habilitar el operador dominante, los servicios de interconexión ofrecidos...etc.

En ningún caso, la existencia de límites a la autonomía privada implica una negación de la libertad contractual de los operadores al configurar sus relaciones de interconexión. Éstos podrán libremente establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente (art. 22.2.I LGT), siempre que ello no sea contrario a la ley, la moral o el orden público (art. 1255 CC). Entendiendo aquí por ley la normativa sectorial (LGT, Reglamento y demás normas de desarrollo), las normas de competencia y también los actos de la CMT que, por habilitación legal expresa, - justificada en la salvaguarda del orden público económico (arts. 22.3 y 22.2.II LGT)-, heterointegran el contenido del contrato.

NOVENA. El acuerdo de interconexión es una nueva figura que surge en el tráfico jurídico privado para satisfacer tanto los intereses particulares como los intereses públicos en la interoperabilidad de las redes y servicios públicos de telecomunicaciones y en el mantenimiento de la competencia en este mercado. Derivado de ese doble objetivo y por ser el instrumento a través del cual se actualiza y ejecuta el deber legal de proveer la interconexión de redes y servicios públicos de telecomunicaciones está sometido a un régimen peculiar. Sin embargo, estas peculiaridades no permiten negar su calificación como contrato de Derecho privado.

Se puede definir el acuerdo de interconexión como un contrato sinalagmático por el que dos titulares de redes públicas de telecomunicaciones o un titular de red y un prestador de servicios del mismo tipo constituyen un derecho a obtener la conexión física y funcional de sus redes, de forma que se garantice la interoperabilidad de los servicios y se permita a sus respectivos usuarios utilizar los servicios de telecomunicaciones ofrecidos por los operadores interconectados,

independientemente de cual sea el operador de acceso. Por el acuerdo se crea una obligación de resultado cuya prestación característica es una prestación compleja, la de facilitar (proveer y soportar) la conexión física y funcional de redes y cuya ejecución se prolonga durante toda la duración del acuerdo (prestación de uso útil), a cambio de una contraprestación económica.

DECIMA. El acuerdo de interconexión es un contrato de Derecho privado atípico. Más que definir un tipo contractual al que adscribir el acuerdo de interconexión (arrendamiento de cosas, de obra o de servicios) conviene adoptar una posición ecléctica basada en el carácter complejo del objeto contractual. Por el acuerdo de interconexión, ambos operadores se obligan a prestaciones recíprocas de dar, hacer, no hacer y soportar, que han de ser ejecutadas conforme a un principio de mutua cooperación. En consideración a esto, a las diversas prestaciones nacidas del acuerdo, se han de aplicar las reglas del Título I del Libro IV del Código civil. En todo caso, la interpretación de estas reglas habrá de realizarse en la forma más acorde con el principio de cooperación que rige la relación contractual de interconexión.

UNDECIMA. La *lex contractus* se integra por los pactos que libremente acuerden los operadores, por las reglas generales imperativas emanadas directamente de la Ley (v.gr. principios de interconexión *ex art. 22.4 RIN*), por las condiciones mínimas de interconexión fijadas por el Gobierno o la CMT, conforme a una habilitación legal expresa (arts. 22.2.I, 22.7 LGT y 1.Dos.2, f) LLT) y por los actos de la CMT dictados en ejercicio de su potestad-función de tutelar el orden público económico en el sector de las telecomunicaciones (arts. 22.2.II y 22.3 LGT).

Aunque los contratantes no lo manifiesten expresamente, tales condiciones integran el contenido contractual. El acuerdo sólo obligará en lo que no vulnere la normativa imperativa aplicable (art. 6.3 CC) y la parte que adolece de nulidad (parcial) habrá de ser heterointegrada conforme a las exigencias imperativas de la norma (art. 1258 CC).

DUODECIMA. Respecto a los principios de interconexión (art. 22.4 LGT) y en

cuanto elementos integradores de la *lex contractus*, tiene especial importancia el principio de no discriminación .

Los operadores no dominantes no están sometidos al principio de no discriminación contemplado en la legislación sectorial (art. 9.1 RIN en relación a art. 22.7 LGT). Pueden celebrar acuerdos de interconexión en condiciones distintas, siempre que no incurran en discriminaciones contrarias al orden público constitucional, esto es, que no incidan en las discriminaciones prohibidas por el artículo 14 CE. La contratación en condiciones distintas es una manifestación de la autonomía privada admisible siempre que exista una causa razonable que justifica la diferencia, entre las que se incluye la de pertenecer al mismo grupo empresarial.

Respecto a los operadores dominantes, la situación es distinta. La legislación sectorial somete expresamente su comportamiento al principio de no discriminación (art. 9.1 RIN). Su obligación de no discriminar alcanza una extensión superior a la del resto de los operadores. La pertenencia al mismo grupo empresarial no es causa razonable que justifique un tratamiento distinto y por tanto, la diferencia es discriminatoria.

Pero además, por exigencias del Derecho de la competencia [art. 6.2.d) LDC], las condiciones en las que el operador dominante concede interconexión a determinado operador (sea o no empresa filial) integra el contenido de los contratos que celebre dicho operador. Por la situación del mercado, cualquier trato desigual perjudica la competencia y no está justificado.

DECIMOTERCERA. La OIR del operador dominante es un elemento de integración habitualmente utilizado por la CMT en defecto de acuerdo de los operadores.

A tenor de los rasgos del régimen jurídico de la OIR, ésta puede calificarse como *Derecho imperativo de iniciativa privada*. Aceptada la OIR, el operador dominante no puede reconducir unilateralmente a negociación las condiciones

previstas en ella. Pero de mutuo acuerdo, los operadores pueden apartarse del contenido de la Oferta, siempre que ello no vulnere las normas de competencia.

Es *Derecho imperativo* porque contiene las normas aplicables a los acuerdos de interconexión de los que sea parte el operador dominante. Establece unos mínimos indisponibles, sometidos a la aprobación de la Administración, que además puede modificarla en cualquier momento (art. 12 RIN).

Pero la OIR es Derecho imperativo *de iniciativa privada*. La iniciativa de la elaboración y propuesta para su aprobación corresponde al operador dominante (arts. 28 LGT y 9.2 RIN), que ha de mantenerla actualizada y puede introducir modificaciones, siempre que se cumplan los trámites requeridos para su aprobación (art. 12.1 RIN). Además, la OIR se impone imperativamente siempre que el solicitante de interconexión acepta sus condiciones.

Sin perjuicio de las normas de competencia, los operadores pueden de mutuo acuerdo modificar su contenido.

DECIMOCUARTA. En virtud de una habilitación legal expresa (art. 22.3 LGT), la CMT puede exigir la interconexión efectiva y establecer condiciones a la misma, siempre que los interesados no hayan interconectado sus redes y ello perjudique los intereses públicos. La resolución de la CMT que exige la interconexión efectiva es un acto administrativo de eficacia interprivada singular,-dirigido a uno o varios operadores-, que concreta un deber legal antes inexigible (art. 22.3 LGT). Constituye una relación jurídica entre dos particulares análoga a la creada por el acuerdo de interconexión. El objeto de dicha relación es la interconexión física y funcional de redes (prestación compleja) a cambio de un precio y fija las condiciones que han de reglamentar dicha relación en defecto de acuerdo de los operadores.

Al contenido de la relación jurídica creada por el acto administrativo, -no al acto constitutivo de la misma-, es aplicable el Derecho Privado con ciertos límites.

Esto ni innova, ni modifica el sistema de las fuentes de las obligaciones del Código Civil. No supone la introducción de una fuente distinta a las previstas por el artículo 1089 CC. La fuente (última) de las obligaciones descritas no es el acto administrativo, sino la Ley. Por delegación legislativa expresa, la Administración se limita a aplicar y exigir el cumplimiento del deber legal al caso concreto.

DECIMOQUINTA. La potestad discrecional de la CMT de exigir la interconexión efectiva y de imponer condiciones a la misma constituye una excepción a la regla general que es la primacía de la voluntad privada para reglamentar las relaciones jurídicas de interconexión (art. 22.2 LGT). Por ello, ha de ser interpretada restrictivamente. Para que quede justificada es necesario que concurren los siguientes presupuestos: *i)* que las redes públicas de telecomunicaciones pertenecientes a distintos operadores no estén interconectadas, independientemente de que esto obedezca a la negativa de una de ellos, que obstaculiza la negociación, o al desinterés de ambas, que han desistido de las negociaciones o ni siquiera las han comenzado; *ii)* que ello lesione el interés público en la interoperabilidad de los servicios y en la salvaguarda de la competencia en el mercado, en perjuicio de los usuarios; *iii)* que se hayan agotado las posibilidades de acuerdo entre los operadores. Este último presupuesto obliga a la CMT a no imponer la interconexión efectiva, si no ha existido un proceso previo de negociación entre los operadores. Por ello y en atención al principio de intervención mínima, si la CMT observa que concurren los presupuestos *i)* e *ii)* dictará una resolución en la que se inste a los operadores a negociar la interconexión y sólo si éstos no atienden dicho requerimiento o si se prueba el fracaso de las negociaciones, la CMT exigirá la interconexión efectiva y fijará las condiciones para su provisión.

Si se han agotado o no las negociaciones y las posibilidades de llegar a acuerdo es una cuestión a valorar en el caso concreto. El transcurso del plazo reglamentario de negociación (art. 2.4 RIN) o de cualquier otro que hubieran acordado las partes es sólo un elemento a valorar, pero no es un criterio definitivo para decidir que las negociaciones han fracasado. La CMT tiende a relajar este presupuesto, de modo que deduce el agotamiento de las negociaciones del hecho de

que uno de los operadores solicite su intervención.

DECIMOSEXTA. La misma interpretación restrictiva es predicable de la potestad de la CMT para exigir la modificación de los acuerdos a los que hubieran llegado los operadores, cuando su contenido pudiera amparar prácticas contrarias a la competencia o resulte preciso para garantizar la interoperabilidad de los servicios (art. 22.2.II LGT).

Tanto la potestad de exigir interconexión efectiva e imponer condiciones a la misma (art. 22.3 LGT), como la potestad de exigir la modificación de los acuerdos privados (art. 22.2.II LGT) son excepcionales y su ejercicio queda sometido a la concurrencia de las razones de interés público previstas en la norma: interoperabilidad de los servicios y competencia en el mercado. Son éstos conceptos jurídicos indeterminados, cuya concurrencia en el caso concreto ha de ser valorada por la CMT, bajo el control de la jurisdicción contencioso administrativa (art. 1.Ocho LLT).

DECIMOSEPTIMA. Al juez civil corresponde aplicar el Derecho a las relaciones entre particulares (art. 477 LEC). Es competente para aplicar cualquier norma, - general o sectorial-, conforme a la naturaleza de la relación jurídica. Dentro de estas normas se incluyen los actos administrativos de la CMT, emitidos conforme a los arts. 22.2.II y 22.3 LGT, que completan la norma general y constituyen la norma aplicable al caso concreto.

En los casos en los que los operadores hayan celebrado acuerdos de interconexión, las condiciones dictadas por la CMT en ejercicio de estas potestades integran la *lex contractus* y vinculan no sólo a los contratantes, sino también al juez civil en cuanto aplicador del Derecho.

No corresponde al juez ordinario controlar la validez del acto administrativo que constituye o heterointegra la relación jurídica de interconexión. Esto corresponde a la CMT o en su caso, a la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero sí puede no

aplicar estos actos al caso concreto, si observa que contienen estipulaciones contrarias a normas de rango superior (v.gr. fijan precios discriminatorios contra el art. 22.4 LGT u ocasionan desequilibrios contractuales contrarios a las exigencias de la buena fe, en contra del art. 1258 CC).

DECIMOCTAVA. Independientemente de cual sea la fuente de la obligación (acuerdo o acto administrativo) uno y otro crean una relación jurídica que satisface simultáneamente los intereses públicos en la interconexión (competencia en el mercado e interoperabilidad de los servicios) y los intereses privados de los operadores en obtener la interconexión física y funcional de sus redes y servicios.

Por acuerdo de los operadores o por resolución de la CMT se constituye una *relación jurídico-privada de trascendencia pública*, cuyo objeto es la interconexión física y funcional de las redes, de forma que se garantiza la interoperabilidad de los servicios y la posibilidad de los usuarios de acceder a los servicios prestados por diferentes operadores.

DECIMONOVENA. Que la relación de interconexión creada por acuerdo de los operadores o por acto de la CMT sea una relación jurídico-privada de trascendencia pública significa que dicha relación se integra por obligaciones de Derecho privado y obligaciones de Derecho público; que el cumplimiento de las obligaciones que integran esta relación jurídica está sometido a doble tutela y correlativamente, su incumplimiento alcanza doble relevancia (civil y administrativa); que la aplicación del Derecho privado se encuentra limitada por la trascendencia pública de la prestación objeto de la relación obligatoria. Estos límites se manifiestan en las distintas fases de la vida de la relación jurídica (constitución, ejecución y resolución). En particular, tales límites afectan a la libre disponibilidad por su titular del ejercicio de las facultades que integran la posición activa de la relación y al ejercicio de la facultad resolutoria de la obligación, en caso de incumplimiento grave de la contraparte. La CMT puede imponer el cumplimiento de dichas “facultades”, aunque el acreedor de interconexión no ejerza su derecho a exigir el cumplimiento y también corresponde a la Comisión autorizar la suspensión de la conexión o la desconexión

definitiva de las redes, incluso cuando una de las partes incumpla sus obligaciones (v.gr. falta de pago).

VIGESIMA. Las “obligaciones de interconexión” en el sentido de obligaciones derivadas del acuerdo de interconexión o de la resolución de la CMT, que actualiza el deber genérico de interconexión, pueden ser de dos tipos: obligaciones legales de interconexión y otras obligaciones contractuales o impuestas. Son “*obligaciones legales*” aquellas condiciones que integran la relación de interconexión creada por un acto de concreción del deber genérico de interconexión (acuerdo o resolución), exigidas por la LGT, el RIN u otras normas sectoriales imperativas, cuya finalidad es salvaguardar el interés público y las condiciones de competencia (ej. especificaciones técnicas adoptadas, obligaciones de selección y preselección); por “*otras obligaciones contractuales o impuestas*” se han de entender aquéllas que articulan la relación jurídico-privada de interconexión, cuyo contenido material es discrecionalmente fijado por las partes o por la CMT (ej. condiciones de facturación, distribución de responsabilidades...etc.).

La distinción anterior es útil al determinar los efectos del incumplimiento de uno y otro tipo de obligaciones: el incumplimiento de “obligaciones legales de interconexión” es en todo caso infracción administrativa por constituir una conducta tipificada en el artículo 79.10 LGT (“incumplimiento de las obligaciones en materia de interconexión”), independientemente de que provengan del acuerdo de interconexión o de la resolución de la CMT. Tratándose de obligaciones derivadas del acuerdo de interconexión, el incumplimiento podrá además ser objeto de las correspondientes “sanciones” civiles (ejecución de cláusulas penales, resolución del contrato, indemnización por incumplimiento...etc.).

El incumplimiento de las “otras obligaciones” (contractuales o impuestas) sólo constituye infracción administrativa si se imponen por la resolución administrativa con carácter imperativo (art. 79.15 LGT). No todas las obligaciones impuestas por una resolución de la CMT se imponen imperativamente. Siempre que se cumplan las “obligaciones legales” contenidas en la resolución (en concreto, se

mantenga la interconexión), los destinatarios de la resolución administrativa que fija condiciones de interconexión pueden modificarlas por mutuo acuerdo.

Tanto del acuerdo de interconexión como de la resolución de la CMT surgen obligaciones de Derecho público y obligaciones de Derecho privado. En el seno de unas y otras los operadores están obligados a desplegar un determinado comportamiento (habilitar puntos de interconexión, encaminar el tráfico de llamadas, permitir acceso a edificaciones, pagar el precio, prórrogar la relación en determinadas circunstancias...). Son *de Derecho público* aquellas cuyo cumplimiento/incumplimiento es exigible por la Administración por afectar al interés público general en la interconexión (coinciden con las “obligaciones legales de interconexión”, si media acuerdo de interconexión y con éstas y las “otras obligaciones impuestas” si nacen del acto administrativo). Existe un interés objetivo en la interoperabilidad de los servicios y en el mantenimiento de la competencia, cuya tutela no puede quedar enteramente conferida a los particulares. En esta situación el particular acreedor del comportamiento carece de un derecho disponible a exigir su cumplimiento. Su derecho no es plenamente disponible (no tiene un derecho discrecional a interconectar o no interconectar su red).

Las obligaciones serán *de Derecho privado* cuando el operador ostente un derecho subjetivo al cumplimiento/incumplimiento del deber jurídico. Se distingue entre eficacia de Derecho privado *perfecta o imperfecta*, según nazcan del acuerdo o del acto administrativo. Todas las obligaciones nacidas del acuerdo de interconexión son de eficacia privada perfecta.

La obligación de facilitar interconexión nacida del acto administrativo es una obligación de Derecho privada imperfecta. El particular carece de un derecho subjetivo privado al cumplimiento, sólo puede exigir su cumplimiento solicitando el inicio de un procedimiento de ejecución forzosa en vía administrativa, pero sí se le reconoce una pretensión resarcitoria por los daños derivados del cumplimiento del comportamiento debido.

No obstante, del acto administrativo también nacen obligaciones de eficacia privada perfecta (v.gr. obligación de pago del precio). Al menos, por el expediente de la “relación obligacional de hecho”, el juez civil ha de admitir las pretensiones privadas (reclamación de pago) basadas en la existencia de un acto administrativo previo que constituye el vínculo obligatorio.

VIGESIMOPRIMERA. La atribución a la CMT de la competencia para resolver conflictos de interconexión conforme a un procedimiento público (art. 25 LGT) no implica ni la exclusión de la competencia del juez civil, ni su vinculación a la previa intervención de la CMT.

La potestad de la CMT para resolver conflictos de interconexión es una *potestad pública de iniciativa privada*. El planteamiento del conflicto ante esta instancia administrativa pertenece a la decisión *unilateral y discrecional de uno de los operadores*. No constituye ni un requisito de procedibilidad previo a la interposición de la demanda civil, ni un mecanismo imperativo y alternativo a la vía civil. La única consecuencia de la afirmación del carácter voluntario y discrecional de la intervención de la CMT es que, incumplido el contrato, el perjudicado puede optar entre la vía civil y la vía administrativa. Si opta por la interposición de la demanda civil, el juez no puede ni de oficio ni a petición del demandado excepcionar su competencia, por no haber intervenido previamente la CMT.

El art. 25 LGT sólo atribuye a la CMT una potestad pública de intervenir en los conflictos relativos a la ejecución e interpretación de los acuerdos de interconexión. No proporciona una tutela equivalente a la de la jurisdicción civil. Las facultades de la CMT se encuentran limitadas para tutelar el interés privado en la interconexión. Podrá imponer deberes de hacer, no hacer o soportar cuyo incumplimiento es sancionable (art. 79.15 LGT). El operador verá entonces satisfecho su interés en el cumplimiento (específico) de la prestación objeto de la obligación. Pero no encontrarán satisfacción por esta vía otros intereses del operador, tales como el interés en obtener un cumplimiento por equivalente (art. 1098 y 1099 CC), en los casos en los que ello sea posible; el interés en el pago de lo

adeudado por la prestación de servicios de interconexión (arts. 1157 y ss CC); el interés en declarar resuelto el vínculo contractual, en caso de incumplimiento grave de la contraparte (art. 1124 CC); o el interés en no sufrir daños derivados del incumplimiento de la prestación de interconexión (total, fuera de plazo o defectuoso) y en obtener la correspondiente reparación, si es que estos se produjeran (art. 1101 y 1124 CC).

Las competencias atribuidas a la CMT no pueden privar a los particulares de su derecho a exigir la tutela judicial de sus legítimas pretensiones frente a otro particular (art. 24 CE y art. 5 Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil). A la CMT se encomienda la tutela del interés público en la interconexión, pero los intereses particulares de los operadores únicamente quedan adecuadamente protegidos si se admite la intervención del juez civil. Sólo él puede declarar la nulidad civil del acuerdo, la resolución del vínculo obligatorio por incumplimiento de alguno de los operadores o satisfacer una pretensión resarcitoria por incumplimiento del tenor de la obligación. Y todo ello con eficacia civil *erga omnes*.

VIGESIMOSEGUNDA. Las intervenciones del juez y de la CMT son compatibles. Ambos aplican el Derecho a unos mismos hechos y resuelven en atención a intereses distintos: el interés general, la CMT y el interés privado, el juez civil.

A diferencia de sus intervención conforme a los artículos 22.2 y 22.3 LGT, cuando la CMT resuelve conflictos de interconexión no “crea” una regla, sino que aplica una regla ya creada a unos determinados hechos, valorándolos y decidiendo conforme al interés general. Su resolución no vincula al juez ordinario que puede aplicar la misma regla y valorar los hechos conforme a intereses distintos, llegando a una solución diversa.

VIGESIMOTERCERA. Aunque la normativa reguladora de las funciones de la CMT atribuye a ésta una *función arbitral* [arts. 1.Dos.2,a) LLT y 6 a 18 RCMT], existen dudas razonables acerca de la naturaleza de esta función y de su calificación como auténtico arbitraje en el sentido de la Ley 36/1988, de Arbitraje. En concreto,

algunos rasgos difíciles de encajar en el régimen común del arbitraje son la imposibilidad de que los operadores elijan a todos o a algunos de los miembros del Colegio arbitral [arts. 7, 8 y 32 RCMT *versus* arts. 9.1 y 10.1 a) LA]; la recusación de los árbitros conforme al régimen de recusación de las autoridades y personal al servicio de la Administración pública (art. 10 RCMT, que se remite al art. 28 Ley 30/1992 *versus* art. 17 LA); la prohibición de sustitución de los árbitros recusados (art. 10 RCMT *versus* arts. 18 y 19 LA); o la posibilidad de la CMT de solicitar la colaboración de los órganos de la Administración General del Estado para la práctica de la prueba (art. 15 RCMT *versus* arts. 43 y 44 LA).

El voluntarismo de la función arbitral de la CMT [arts. 1.Dos.2, a) LLT y 6.1 RCMT] y la eficacia del laudo (art. 1.Ocho LLT) permiten afirmar que se trata de un auténtico arbitraje de Derecho privado, aunque por el carácter público del órgano que administra el arbitraje, dicha intervención presenta algunas notas de Derecho público. Es, por tanto, una *intervención de naturaleza mixta: pública*, en cuanto al sistema de designación de árbitros y al procedimiento de actuación de los mismos; y *privada*, en cuanto a su carácter voluntario y los efectos del laudo dictado por la Comisión (más propiamente por los árbitros integrados en el Consejo).

Por las peculiaridades de esta función arbitral (los “árbitros” son siempre los miembros del Consejo, careciendo las partes de toda facultad de designación de árbitros) e incluso por ciertas incoherencias en su regulación (v.gr. los “árbitros” pueden ser recusados pero no sustituidos) es previsible que los operadores no sometan sus cuestiones litigiosas al arbitraje de la Comisión optando por un arbitraje *ad hoc* o por un arbitraje institucional en los términos de la LA o de los Tratados y Convenios Internacionales en la materia.

VIGESIMOCUARTA. Los operadores de redes y servicios de telecomunicaciones pueden someter al arbitraje de la CMT cualquier conflicto referente a la interconexión de sus redes y servicios, siempre que la cuestión litigiosa verse sobre la atribución de derechos de su libre disposición conforme a Derecho. Ni el deber de interconexión, ni tampoco el derecho a la misma pertenecen a la esfera de libre

disponibilidad de los operadores. Sólo la CMT puede determinar con discrecionalidad técnica, conforme a un procedimiento público y bajo el control de la JCA los casos en los que queda justificada la limitación de este deber (art. 22.1.II LGT).

No cabe la sumisión al arbitraje de la Comisión de aquellas cuestiones indisponibles por los operadores (art. 1 LA) y en las que el Ordenamiento atribuye a la CMT una potestad pública con carácter exclusivo (arts. 22.2 y 22.3 LGT).

Sin embargo, sí pueden ser sometidos al arbitraje de la CMT los conflictos relativos a la interpretación y ejecución de acuerdos de interconexión, siempre que la controversia no verse sobre la imposición o limitación de la obligación de uno de los operadores de proveer y soportar la interconexión material y la correlativa atribución a otro operador del derecho a obtener interconexión (art. 22.1.II LGT). La celebración de los acuerdos y por ende, también su régimen de cumplimiento pertenece a la esfera de libre disponibilidad de los operadores (arts. 22.2 LGT y 2.4 RIN). Estos podrán someter al arbitraje de la CMT las controversias surgidas tanto en la fase de negociación como en la fase de ejecución de los acuerdos de interconexión y que afecten a derechos privados (v.gr. cuantía y forma de pago del precio, intereses de demora o distribución interna de la responsabilidad por la incorrecta prestación del servicio final al usuario).

CONCLUSIÓN FINAL. Tomando como punto de partida la concurrencia de las técnicas de Derecho público y privado en la regulación de la interconexión, he pretendido diseñar un “marco de convivencia o coordinación” de ambas técnicas. El estudio se iniciaba con una idea preconcebida: la eficiencia en la aplicación del Derecho, el principio de razonabilidad (exigible no sólo a la actividad jurídica, sino a cualquiera actividad humana) y el carácter sistemático del Ordenamiento obligaría a desechar cualquier resultado que llevara a la separación o incomunicación entre el sistema de Derecho público y el sistema de Derecho privado, entre la Administración y Poder Judicial, entre la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y el juez civil. La única conclusión aceptable sería aquélla que

permitiera la coordinación de estos extremos. Pues sólo un sistema coordinado puede tutelar de forma eficiente del orden público económico en el sector de las telecomunicaciones.

Obviamente, este empeño no podría significar el abandono de principios básicos del Ordenamiento constitucional como el principio de autodeterminación o autonomía privada (arts. 10 CE y 1255 CC), el derecho de propiedad privada (art. 33 CE), la libertad de empresa (art. 38 CE), la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), el principio de división de poderes o la independencia judicial (art. 117 CE).

Con estas piezas, la piedra angular sobre la que se edifica el sistema es el *principio de legalidad*. Es la Ley la que configura el orden público económico para el sector de las telecomunicaciones, definiendo los objetivos de política de telecomunicaciones (art. 3 LGT). Pero, como en otros sectores de alta complejidad y mutabilidad técnica y económica, la ordenación del sector de las telecomunicaciones mediante normas generales no asegura la tutela eficaz de ese orden público económico.

Por ello, la propia Ley crea y encomienda a una entidad administrativa específica, la CMT, la salvaguarda de este orden público (arts. 1.Uno LLT) y le habilita para interferir en las relaciones entre particulares, limitando sus derechos de propiedad y de libertad de empresa. En concreto, su libertad para constituir relaciones jurídicas de interconexión con cualquier otro operador (arts. 22.2.II y 22.3 LGT). Los actos administrativos emitidos por la CMT completan el contenido de la norma general para el caso concreto y por ello, también se convierten en “reglas” obligatorias para los agentes del mercado vinculados a la CMT en relaciones de sujeción especial.

La CMT actúa discrecionalmente en la salvaguarda del orden público económico. Más propiamente, actúa conforme a conceptos jurídicos indeterminados (interés público, interoperabilidad de los servicios, competencia en el mercado). Como no puede ser de otro modo en el Estado de Derecho (art. 103 CE), la actividad

administrativa de concreción y aplicación de tales conceptos al caso concreto no está exenta de control judicial. Al contrario, los actos de la CMT están sometidos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 1.Ocho LLT).

Los actos administrativos de la CMT que completan el contenido de la Ley para el caso concreto y por ello, son considerados como “reglas” tienen eficacia interprivada. Constituyen y reglamentan relaciones jurídicas entre particulares. Y en los casos en los que estos han celebrado acuerdos de interconexión, los actos de la CMT pueden limitar, integrar y heterointegrar la *lex contractus*.

Los derechos de los particulares quedan protegidos a través de dos garantías: la reserva de Ley formal y el control por la jurisdicción contencioso-administrativa de los actos de la CMT.

La jurisdicción civil es la competente para conocer de las relaciones entre particulares (arts. 9.2 y 22.3 LOPJ). Así, el juez civil ha de aplicar actos administrativos en cuanto estos crean y reglamentan relaciones entre particulares. Y ello no porque el juez esté vinculado al acto administrativo, que no lo está, sino porque está vinculado a la Ley (art. 117 CE). Y para el caso concreto, la Ley (los arts. 22.1 y 22.2 LGT y 1255 y 1258 CC) se encuentra integrada por un acto administrativo, que completa y concreta su contenido.

A la CMT y a la jurisdicción contencioso administrativa corresponde el control de validez de los actos administrativos y su ejecución forzosa; al juez civil corresponde su aplicación a las relaciones interprivadas.

Es la configuración de este sistema (público y privado) de aplicación del Derecho de las Telecomunicaciones la principal conclusión de este estudio. Todas las demás son consecuencias y plasmaciones de esta general.

Como no podía ser de otro modo, no se agotan en este estudio todas las cuestiones problemáticas derivadas de la especial cualificación de la interconexión

como relación jurídica de trascendencia pública. Para evitar una extensión excesiva del estudio que aquí concluye no he podido exponer en profundidad algunas cuestiones relevantes en relación a la interconexión. Por citar algunas diré que no me he detenido en analizar la posición de los usuarios en relación a la interconexión (v.gr. tutela de su expectativa de comunicación y acceso a los servicios de telecomunicaciones; la distribución de responsabilidad de los operadores por la incorrecta prestación del servicio...etc); la posible eficacia jurídico real-inmobiliaria del acuerdo de interconexión en cuanto puede contener una obligación de colocación de equipos en los edificios de los respectivos operadores interconectados; los efectos sobre las relaciones de interconexión de la cesión de las redes a terceros o en ahondar en el problema (más económico o político que jurídico) de la adopción de un método para la fijación administrativa de los precios de interconexión. Tampoco he podido profundizar en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración en relación con el incumplimiento de obligaciones de interconexión, ni las implicaciones del principio *non bis in idem* en relación con los arts. 79.10 y 79.15 LGT.

BIBLIOGRAFIA

ALBADALEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, T. II, vol. 1. 4ª Edic., Barcelona, 1977.

ALBALADEJO, M., “El sedicente arbitraje de las personas jurídicas”, *AC*, 1990-I, pág. 93 y ss.

ALCARAZ H, "Consideraciones sobre la interconexión para el servicio telefónico básico", *La Ley*, núm. 4469, de 30-1-1998.

ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*. 1ª Edic. Civitas. Madrid, 1991.

ALFARO AGUILA-REAL, J., “El Derecho de las condiciones generales y las cláusulas predispuestas”, *RJC*, 2000, págs. 11 y ss.

ALFARO AGUILA-REAL, J., “El proyecto de Ley sobre condiciones generales de la contratación: técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho privado”, *RDBB*, núm. 67, 1997, págs. 839-902.

ALONSO GARCÍA, R., “La aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE por órganos administrativos y judiciales españoles”, *RIE*, vol. 17, núm. 2, 1990, págs. 473-474.

ANGEL J. & WALDEN I. *Telecommunications Law Handbook*. Blackston Press. London, 1997.

ARAGÓN REYES, M., *Enciclopedia Jurídica Básica*, voz “Libertad de empresa”, pág. 4030.

ARAUJO BOYD, M., “La intervención concurrente de la Comisión y las autoridades nacionales de competencia en aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE. Reflexiones para la práctica”, en *Anuario de la Competencia 1998*. Fundación ICO, Marcial Pons. Madrid, 1999, págs. 159-176.

ARIÑO ORTIZ, G., DE LA CUÉTARA, J.M, AGUILERA, L., *Las Telecomunicaciones por Cable. Su regulación presente y futura*. Marcial Pons. Madrid, 1996.

ARIÑO ORTIZ, G., *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*. Marcial Pons. Madrid, 1993.

ARPÓN DE MENDÍVIL Y ALDAMA, A., "El Régimen Jurídico de la Interconexión en España". *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 6, 3ª Época, Septiembre 1997, págs. 51-71.

ARPÓN DE MENDÍVIL, A. Y FIGUERA, C., “El estatuto de los operadores” en ARPÓN DE MENDÍVIL, A. Y CARRASCO PERERA, A. (Coordinadores), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. Aranzadi, 1999, págs. 205-246.

ARPÓN DE MENDÍVIL, A., CARRASCO, A., CRESPO, M., “La Administración de las telecomunicaciones” en ARPÓN DE MENDÍVIL, A. Y CARRASCO PERERA, A. (Coordinadores), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. Aranzadi, 1999, págs. 799-886.

ATAZ LÓPEZ, J., “Artículo 1254” en ALBADALEJO Y DÍAZ ALABART (Directories), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. EDERSA, 1993, págs. 12-99.

BACH i MONTSERRAT, F., “La función reguladora de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones” en MERINO MERCHÁN, J.F. Y PÉREZ-UGENA, C. (Coordinadores), *Régimen de las telecomunicaciones*. Tecnos. Madrid, 1998, págs. 63-73.

BADOSA COLL, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 1987.

BAÑO LEÓN, J.M., *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*. McGrawHill. Madrid, 1996.

BELANDO GARÍN, B., “Defensa de la Competencia y Mercado Interior (Comentario a la Sentencia TC 208/1999, de 11 de noviembre)”, *REDA*, núm. 106, abril/junio 2000, págs. 271-287.

BENEYTO, J.M., “Hacia un nuevo Derecho de la competencia. El Libro Blanco de la Comisión sobre modernización y descentralización en la aplicación de los arts. 85 y 86”, *GJ*, núm. 202, Agosto/Septiembre 1999, págs. 9-19.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Artículo 3 LA”, en la obra dirigida por él *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Tecnos. Madrid, 1991, págs. 47-53.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., “Comentario a la STS 2-2-1984”, *CCJC*, núm. 4, enero-marzo 1984, págs. 1303 y ss.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario al Artículo 1 LA”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Tecnos. Madrid, 1991, págs. 17-30.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Artículo 1” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coordinador), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Aranzadi, 1999, págs. 23-36 .

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Artículo 8” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coordinador), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Aranzadi, 1999, págs. 259-269.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Principio de igualdad y Derecho privado”, *ADC*, 1990, Tomo XLIII, págs. 369-427.

BERENGUER FUSTER, L., Y GINER PARREÑO, C.A., “Comentarios críticos sobre la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia”, *Derecho de los Negocios*, núm. 114, marzo 2000, págs. 22-34.

BERMÚDEZ ODRIOZOLA, L., “Autoridades Reguladoras” en CALVO DÍAZ, G. (Directora), *El Nuevo Marco Jurídico de las Telecomunicaciones y de los Servicios Audiovisuales*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1999, págs. 199-242

BERMÚDEZ ODRIOZOLA, L., “La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y la salvaguarda de la libre competencia”, *GJ*, nº 206, marzo/abril 2000, págs. 53-67.

BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Las Administraciones Independientes*. Tecnos. Madrid, 1994.

BROKELMANN, H., “Las negativas de suministro en el Derecho de la competencia comunitario y español” en *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, Boletín-125, Julio/Agosto 1997, págs. 5-27.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Las cargas del acreedor en el Derecho civil y en el mercantil*. Montecorvo. Madrid, 1988.

CAPILLA RONCERO, “Artículo 1690” en ALBADALEJO, M. Y DÍAZ-ALABART, S. (Directores), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXI, Vol. 1º. EDERSA, 1986, págs. 387-407.

CARLÓN RUÍZ, M., “La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”, en *REDA*, núm. 102, abril-junio 1999, págs. 229-255.

CARRASCO PERERA, A., “Comentario a la STS de 20-1-1983”, *CCJC*, núm. 1, 1983, págs. 51-60.

CARRASCO PERERA, A., “La obligación del arrendador de mantener al arrendatario en la posesión útil de la cosa arrendada. (A propósito de la STS de 28 de octubre de 1985)”. *Poder Judicial*, 2ª época, núm. 1, marzo 1986, págs. 71-83.

CARRASCO PERERA, A., Recensión a la obra de BADOSA: “La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil”, *RDN*, núm. 139, 1988, págs. 423-468.

CARRASCO PERERA, A., *El derecho Civil: señas, imágenes y paradojas*. Tecnos. Madrid 1988.

CARRASCO PERERA, A., “Artículo 1.101” en ALBADALEJO, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XV, Vol. 1º. EDERSA. Madrid, 1989, págs. 374-444.

CARRASCO PERERA, A., “Artículo 1106 CC”, en ALBALADEJO, M. Y DÍAZ-ALABART, S., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Formales*. EDERSA, 1989, Tomo XV, Vol. 1º, Madrid, 1989, págs. 666-709.

CARRASCO PERERA, A., "Artículo 1107" en ALBALADEJO Y DÍAZ ALABART (Directores), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*. Tomo XV, Vol 1º. EDESA. Madrid, 1989, págs. 709-752.

CARRASCO PERERA, A., "El principio de no discriminación por razón de sexo", *Rev. Jdca. de Castilla-La Mancha*, 11 y 12, 1991, págs. 9-38.

CARRASCO PERERA, A., "Artículo 6.3 CC", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART. Tomo I, Vol. 1º. 2ª Edición. EDESA, 1992, págs. 769-842.

CARRASCO PERERA, A., "Viviendas de Protección Oficial: validez del contrato celebrado con precio superior al legal. Comentario a la STS de 3-9-1992", *CCJC*, núm. 30, 1992, págs. 861-873.

CARRASCO PERERA, A., "Reparación del daño en forma específica", *Aranzadi Civil*, 1996-II, págs. 51-68.

CARRASCO PERERA, A. (Director), *Derecho Civil. Introducción. Derecho de la persona. Derecho subjetivo. Derecho de propiedad*. Tecnos. Madrid, 1996.

CARRASCO PERERA, A y CORDERO LOBATO, E., "Modalidades de venta: competencias estatales, autonómicas y locales" en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 5, enero-abril 1995.

CARRASCO PERERA, A. Y CORDERO LOBATO, E., "El Derecho a prestar servicios de telecomunicaciones" en CARRASCO PERERA, A. Y ARPÓN DE MENDÍVIL, A.(Directores), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. Aranzadi. Pamplona, 1999, pp. 271-354.

CARRASCO PERERA, A. Y CORDERO LOBATO, E., "Servicios de telecomunicaciones y Derecho inmobiliario" en CARRASCO PERERA, A. Y ARPÓN DE MENDÍVIL, A.(Directores), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. Aranzadi. Pamplona, 1999, págs. 727-797.

CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. Y GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Derecho de la Construcción y la Vivienda*. 2ª Edic., actualizada y revisada. Dilex. Madrid, 1998.

CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. Y GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Derecho de la Construcción y de la Vivienda*. 3ª Edic. Actualizada y revisada. Dilex. Madrid, 2000.

CARRASCO PERERA, A. Y MARÍN LÓPEZ, J.J., "Intrusismo, intereses corporativos y límites del Derecho privado", *ADC*, núm. 43, 1990, págs. 615-627.

CARRASCO PERERA, A. Y MENDOZA LOSANA, A.I., "Interconexión y acceso a redes" en CARRASCO PERERA, A Y ARPÓN DE MENDÍVIL, *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. Aranzadi. Pamplona, 1999, pgs. 461-541.

CARRASCO PERERA, A. Y MENDOZA LOSANA, A.I., “Numeración y selección de operador” en CARRASCO PERERA, A. Y ARPÓN DE MENDÍVIL, A., CARRASCO PERERA, A. Y ARPÓN DE MENDÍVIL, A. (Directores), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. Aranzadi. Pamplona, 1999, págs.543-601.

CARRASCO PERERA, A., MENDOZA LOSANA, A. E IGARTUA, F., “Los derechos de los usuarios de las telecomunicaciones” en CARRASCO PERERA, A. Y ARPÓN DE MENDÍVIL, A. (Directores), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. Aranzadi. Pamplona, 1999, pp. 603-692.

CASES PALLARES, L., *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*. Madrid, 1995. Marcial Pons.

CASTEJÓN MARTÍN, L. y MACHOTA J.L., “La interconexión: vía fundamental para la plena competencia y el despliegue de infraestructuras”, *BIT*, núm. 107. Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicación (<http://www.iies.es/teleco/bit>).

CASTEJÓN MARTÍN, L., “Nomenclatura, términos técnicos y conceptos de los mercados de telecomunicaciones” en CARRASCO, A. Y ARPÓN DE MENDÍVIL, A., (Directores). Aranzadi. Pamplona, 1999, págs.45-103.

CAVANILLAS MÚGICA, S., “Comentario a la STS de 14-6-1999”, *CCJC* 51, págs. 1231-1241.

CLEMENTE MEORO, M., *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*. Tirant lo blanch. Valencia, 1998.

CMT, Documento titulado “Principios de actuación sobre el tratamiento de las solicitudes de accesos especiales” (septiembre de 1998, <http://www.cmt.es>).

CMT, *Informe Anual correspondiente a 1998* (<http://www.cmt.es>).

COLIN D. LONG, DIRK VAN LIEDEKERKE, MICHAEL RYAN, *Competition Aspects of Interconnection Agreements in the Telecommunications Sector. Report to the European Commission (DG IV)*, June 1995.

COLIN D. LONG, *Telecommunications Law and Practice*. 2ª Edit. C.H.BECK'SCHE VERLAGBUGCHHANDLUNG. München, 1995.

CREMADES, J. Y GARCÍA MARTÍNEZ, A., “Algunos aspectos clave de la interconexión entre redes” en MERINO MERCHÁN, J.F. Y PÉREZ-UGENGA Y COROMINA, M. (Coord.), *Curso de Derecho de las Telecomunicaciones*. Dykinson. Madrid, 2000, págs. 85-104

CREMADES, J. Y GARCÍA, A., “Acuerdos de interconexión, cables submarinos y acceso a redes”, en CREMADES, J. Y MAYOR MENÉNDEZ, P. (Coord.), *La Liberalización de las Telecomunicaciones en un Mundo Global*. La Ley-Ministerio de Fomento. Madrid, 1999 págs. 271-281.

CREUS, A., “La privatización del Derecho de la Competencia”, *GJ*, núm. 200, 1999, págs. 55-66.

CUARTERO RUBIO, M.V., “Artículo 4.2” en BERCOVITZ RODRÍGUECANO, R. (Coordinador), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Aranzadi, 1999, págs. 129-138.

CHILLÓN MEDINA, J.M., “Estado regulador y administración de telecomunicaciones”, en MERINO MERCHÁN, J.F. Y PÉREZ-UGENA Y COROMINA (Coord.), *Curso de Derecho de las Telecomunicaciones*., págs. 184-211.

CHILLÓN MEDINA, J.M., “Redes e infraestructuras de cable: régimen jurídico” en ARNALDO ALCUBILLA, E. Y MONTEJO VELILLA, S. (Coordinadores), *Telecomunicaciones por Cable*. La Ley. Madrid, 2000, págs. 255-356.

CHINCHILLA MARÍN, C., “La invalidez de los actos administrativos” en SANTAMARÍA PASTOR, J.A. Y PAREJO ALFONSO, L., *Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1989, págs. 345 y ss.

CHINCHILLA MARÍN, C., “Nulidad y anulabilidad de los actos administrativos” en LEGUINA, J. Y SÁNCHEZ MORÓN, M., *Comentario a la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*.

CHINCHILLA MARÍN, C., voz “Relación especial de sujeción” en *Enciclopedia Jurídica Básica*. Civitas, Madrid, 1995, págs. 5755-5761.

CHINCHILLA MARIN, C., *La desviación de poder*. 2ª Edic. Civitas. Madrid, 1999.

CHINCHILLA MARÍN, C., “Artículo 36 LGT” en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y DE LA QUADRA-SALCEDO, T. (Coord.), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. Civitas. Madrid, 1999, págs. 270-274.

CHINCHILLA MARÍN, C., “El derecho a la ocupación del dominio público y de la propiedad privada necesarios para el establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones”, en CHINCHILLA MARÍN, C. (Coord.), *Telecomunicaciones: estudios sobre Dominio Público y Propiedad Privada*. Marcial Pons. Madrid, 2000, págs. 93-148.

DE CASTRO, F., “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *ADC*, 1982, XXXV-IV, págs. 987-1085.

DE CASTRO, F., “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”, *ADC*, 1961, págs. 295-341; como libro, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las Leyes*. 2ª Edic. Civitas. Madrid, 1985.

DELGADO ECHEVARRÍA, J., “Comentario al artículo 1303 CC” en ALBADALEJO, M. Y DÍAZ-ALABART, S., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. 2ª Edic. EDERSA. Tomo XVII, Vol. 2º, págs. 398-432.

DIAZ-ALABART, S., “Artículo 10.1.c” en BERCOVITZ, R. Y SALAS, J. (Coordinadores), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Civitas. Madrid, 1992, págs. 246-312.

DIAZ-ALABART, S., “Pacta sunt servanda e intervención judicial en el equilibrio de los contratos: reflexión sobre la incidencia de la Ley de Condiciones Generales de los contratos” en NIETO CAROL, U. (Director), *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*. Lex Nova. Valladolid, 2000, págs. 43-73.

DIAZ DE RÁBAGO MAZÓN, P., “El servicio universal, la interconexión y el desarrollo de la sociedad de la información”, en CREMADES, J. Y MAYOR MENÉNDEZ, P., *La Liberalización de las Telecomunicaciones en un Mundo Global*. La Ley-Ministerio de Fomento. Madrid, 1999, págs. 282-289.

DIEZ ESTELLA, F., “Precios discriminatorios en el sector de las telecomunicaciones”, *GJ*, núm 206, marzo-abril 2000, págs. 77-92.

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “Los llamados contratos forzosos”, *ADC*, 1956, págs. 85-118.

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*. Bosch. Barcelona, 1957.

DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “La formación del contrato”, *ADC*, 1995, págs. 5 y ss.

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo I: Introducción. Teoría del Contrato*. 4ª Edic. Civitas. Madrid, 1993.

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo II: Las Relaciones Obligatorias*. 4ª Edic. Civitas. Madrid, 1993.

DIEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*. Volumen II. 6ª Edición. Tecnos. Madrid, 1989.

DIEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil, Volumen III*. 5ª Edición, revisada y puesta al día. Tecnos. Madrid, 1994.

DORAL GARCÍA, J.A. “Orientaciones actuales sobre el futuro del contrato” en *Libro Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*. Volumen VI. Madrid, 1988, págs. 95-139.

ECED, M.A Y GIL, R., “Consideraciones sobre interconexión” en CREMADES, J. Y MAYOR MENÉNDEZ, P., *La Liberalización de las Telecomunicaciones en un Mundo Global*. La Ley-Ministerio de Fomento. Madrid, 1999, págs. 253-269.

EMPARAZA, “La Directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el Ordenamiento español”, *RDM*, 1994, págs. 472 y 473.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M., “Aplicación Jurisdiccional de los artículos 85.1 y 86 TCEE y de las normas internas de competencia”, en *Anuario de la Competencia* 1997, Fundación ICO. Marcial Pons, págs. 215-239.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Debate acerca de la organización administrativa protectora de la libre competencia. Apuntes al proyecto de ley de reforma parcial”, *GJ*, núm. 204, diciembre 1999, págs. 79-86.

FERNÁNDEZ-LERGA GARRALDA, J.C., *Derecho de la Competencia*. Aranzadi. Pamplona, 1994.

FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M.A., “La protección de la competencia desde los órganos sectoriales”, *GJ*, núm. 204, diciembre 1999, págs. 93-100.

FERNANDO PABLO, M. *Derecho General de las Telecomunicaciones*. Colex. Madrid, 1998.

FERNANDO PABLO, M.M., “Red y servicio de telecomunicación. La necesidad de una congruente diferenciación jurídica”(Comentario a la STS de 17 de abril de 1996), *RDA*, octubre-diciembre, 1997, pp. 591-601.

FLUME, W., *El Negocio Jurídico*, traducción de MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. Y GÓMEZ CALLE, E. Tomo II. 4ª edic. Fundación Cultural del Notariado. Madrid, 1998.

GARCÍA AMIGO, *Condiciones generales de los contratos*. Madrid, 1969.

GARCÍA CANTERO, G., “Artículos 1447 y 1448” en ALBADALEJO, M. Y DÍAZ-ALABART, S. (Directores), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XIX, 2ª Edic. EDERSA, 1991, págs. 43-56.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Lengua de los derechos. La formación del Derecho público europeo tras la Revolución francesa*. 1ª edición en “Ensayo”. Alianza Editorial. Madrid, 1999.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo II*. 5ª edic. Civitas. Madrid, 1998.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo I*. 9ª edic., 1999. Civitas. Madrid.

GARCÍA RUBIO, MªP., *La Responsabilidad Precontractual en el Derecho Español*. Tecnos. Madrid, 1991.

GASPAR LERA, S., *El Ámbito de Aplicación del Arbitraje*. Aranzadi. Pamplona, 1998.

GETE-ALONSO Y CALERA, "Artículo 8 LCGC" en ARROYO MARTÍNEZ, I. Y MIQUEL RODRÍGUEZ, J. (Coordinadores), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Tecnos. Madrid, 1999, págs. 80-86.

GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., "Artículo 7 CC", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBADALEJO, M Y DÍAZ-ALABART, S., Tomo I, Vol. 1º. EDESA, 1992, págs. 862-931.

GILLIES, D. & MARSHALL, R., *Telecommunications Law*. Butterworths. London, Charlottesville, Dublin, Edinburgh, Kuala Lumpur, Singapore, Sydney, Toronto, Wellington, 1997.

GIPPINI FOURNIER, E., "'Essential facilities' y aplicación del artículo 82 CE a la negativa unilateral a contratar. Algunas consideraciones tras la sentencia Bronner", *GJ* núm. 205, enero/febrero 2000, págs. 77-95.

GONZÁLEZ CARRASCO, C., *El incumplimiento esencial en la resolución contractual*. Ejercicio presentado al concurso para la obtención de una plaza de Profesor Titular de Derecho Civil en la Universidad de Castilla-La Mancha. Noviembre, 1998 (inédito).

GONZÁLEZ CASTILLA, F., "La interrupción de la prescripción en el ámbito mercantil: art. 944 C. de c. versus art. 1973 CC", *RDM*, núm. 232, abril-junio 1999, págs. 855-866.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., "Artículo 1257" en ALBALADEJO y DÍAZ ALABART (Directores), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XVII, Vol. 1º-A*. EDESA, 1993, págs. 370-419.

GORDILLO CAÑAS, A., "Precio ilegal; ¿Un salto atrás en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo? (Comentario a las SS de 3 de septiembre y 14 de octubre de 1992)", *ADC* 1993, págs. 893-913.

GRAMLICH, L., "Rechtsfragen bei Zusammenschaltungsvereinbarungen", *Computer und Recht* 2/1997, pgs. 65-73,

GUSTAVO VALLESPINOS, C., "El mundo contemporáneo y el contrato", *RGLJ*, Diciembre 1984, págs. 731-764.

HEFEKÄUSER, H.W., DREIER, CH., "Der gesetzliche Rahmen für Netzzugang und Netzzusammenschaltungen". *Computer und Recht* 2/1997, págs. 110-113.

HUIDORO, J.M., "ADSL. Una técnica para aprovechar el bucle de abonado". *BIT*, 107.

JORDANO FRAGA, F., "Obligaciones de medios y de resultado. (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)" en *ADC* 44, 1, 1991, págs. 5-96.

KELLER, R., "Las Telecomunicaciones: del monopolio a la competencia", *ICE*, núm. 740, abril 1995, págs. 31-54.

KNAUER, L.T., BORK, S.J., SÁNCHEZ PINTADO, E., NÚÑEZ LUQUE, I., "Panorama de la interconexión, de los precios de la interconexión y del servicio universal en España y en los Estados Unidos", en CREMADES, J. Y MAYOR MENÉNDEZ, P., *La Liberalización de las Telecomunicaciones en un Mundo Global*. La Ley-Ministerio de Fomento. Madrid, 1999, págs. 705-731.

LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil, II*, vol. 2º. 2ª edic. Barcelona, 1987.

LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil, II*. V. 1º. Barcelona, 1994.

LARENZ, K., *Derecho de Obligaciones*, traducción del alemán. Madrid, 1958. T.1.

LETE DEL RÍO, J.M., "Comentario a la STS de 4-6-1983", *CCJC*, núm.32, 1993, págs. 683-691.

LOEWENHEIM, U., "Requisitos de protección y modo de adquisición del derecho a la marca comunitaria" en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Coordinador), *Marca y Diseño Comunitario*. Aranzadi. Pamplona, 1996, págs. 77-89.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A., "Artículo 1447", en *Comentario del Código Civil*, dirigido por PAZ-ARES, C., DIEZ-PICAZO, L., BERCOVITZ, R. y SALVADOR CODERCH, P., Ministerio de Justicia. Madrid, 1993, Tomo II, págs. 890 y 891.

LÓPEZ-IBOR MAYOR, V., "Interconexión y Acceso a las Redes", en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y DE LA QUADRA SALCEDO, T. (Coord.), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*.

LLEDÓ YAGÜE, F., "Comentario al Artículo 10 LA" en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, págs. 138-172.

MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., "Efecto directo limitado de las Directivas: alcance y significado ¿en qué medida los particulares pueden sufrir perjuicios derivados de una Directiva?", *GJ*, núm. 204, 1999, págs. 37-61.

MARÍN LÓPEZ, J.J., "Comentario al Artículo 12 LA" en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Tecnos. Madrid, 1991, págs. 181-203.

MARÍN LÓPEZ, J.J., "Comentario al artículo 153 LPI" (actual art. 158, tras nueva numeración dada por Ley 5/1998), en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. 2ª Edic. Tecnos. Madrid, 1997, págs. 2192-2210,

MARÍN LÓPEZ, J.J., “Comentario a la STS de 30-12-1998”, *CCJC* 50, 1999, págs. 745-780.

MARÍN LÓPEZ, J.J., “El ámbito de aplicación de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación” en NIETO CAROL, U. (Director), *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*. Lex Nova. Valladolid, 2000, págs. 108-217.

MÄRKEL, P.N., *Netzzusammenschaltung in der Telekommunikation*. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden, 1998.

MARTINEZ LAGE, S., “El efecto directo de los artículos 85 y 86 del TCE en Derecho español” (I y II), *GJ* 136, B-94, mayo 1994, págs. 1-3 y *GJ* 137, B-95, junio 1994, págs. 1-3.

MARTÍNEZ LAGE, S., “La aplicación del Derecho de la Competencia por los tribunales ordinarios”, *GJ*, B-97, septiembre 1994, págs. 1-3.

MARTÍNEZ LAGE, S., “La aplicación concurrente del Derecho de la competencia por la Comisión Europea y por las autoridades administrativas nacionales”, en *GJCE*, Boletín B-130, enero/febrero 1998, págs. 1-4.

MARTÍNEZ LAGE, S., “La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y el Derecho de la Competencia (I)” en *GJCE*, núm. 136, septiembre 1998, págs. 1-4.

MARTÍNEZ LAGE, S., “La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y el Derecho de la Competencia (II)” en *GJCE*, núm. 137, Octubre 1998, págs. 1-4.

MARTÍNEZ LAGE, “Revolución en el artículo 81 (antiguo 85) del Tratado CE”, *GJ*, núm. 203, Octubre/Noviembre, 1999, págs. 3-8).

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ y otros, *Informe. La Proposición de Ley de Comercio*. Madrid, 1995.

MASSAGUER, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Civitas. Madrid, 1999

MAYOR MENÉNDEZ, P., “Inspección y régimen sancionador”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y DE LA QUADRA-SALCEDO, T (Coord), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, págs. 659-709.

MEDRANO IRAZOLA, S., “El problema de la jurisdicción civil y la defensa de la competencia: reconsideración del debate y contribución a la búsqueda de soluciones”, *GJ*, núm. 210, Noviembre/Diciembre 2000, págs. 11-23.

MENÉNDEZ MATO, J.C., *La Oferta Contractual*. Aranzadi. Pamplona, 1998.

MERINO MERCHÁN, J.F., “La Administración de las Telecomunicaciones” en CREMADES, J. Y MAYOR MENÉNDEZ, P. (Coordinadores), *La Liberalización de las Telecomunicaciones en un Mundo Global*. La Ley-Actualidad - Ministerio de Fomento. Madrid, 1999, págs. 339-358.

MERINO MERCHÁN, J.F. Y PÉREZ-UGENA COROMINA, “Función arbitral de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones” en MERINO MERCHÁN, J.F. Y PÉREZ-UGENA COROMINA, M. (Coordinadores), *Régimen de las telecomunicaciones*. Tecnos. Madrid, 1998, págs. 89-118.

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Artículo 7.1” en *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia. Madrid, 1993, Tomo I, págs. 37-56.

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Reflexiones sobre las condiciones generales”, en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor A. Menéndez*. Civitas. Madrid, 1996, Tomo IV, págs. 4941 a 4961.

MORENO QUESADA, B., “Problemática de las Obligaciones de Hacer” en *RDP*, 1976, Tomo LX, págs. 465-502.

MUÑOZ MACHADO, S., *Servicio público y Mercado I. Los fundamentos*. Civitas. Madrid, 1998.

MUÑOZ MACHADO, *Servicio Público y Mercado II. Las telecomunicaciones*. Civitas. Madrid, 1998.

MÜSSIG P., “Zivilrechtliches Vertrags- und Leistungsstörungenrecht” en *Archiv für Post und Fernmeldewesen*, 1991, pgs. 283-302.

NOLTE, N., “Das Recht auf Netzzugang nach dem Telekommunikationsgesetz”. *Betriebs-Berater*, núm. 51/52, 19-12-1996, págs. 2629-2636.

PAGADOR LÓPEZ, J., “La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación”, *DN* 97, 1998, págs. 1-34.

PALMA FERNÁNDEZ, J.L., “La libertad de mercado y la defensa de la competencia en el mercado de las telecomunicaciones” en MERINO MERCHÁN, J.F. Y PÉREZ-UGENA, C. (Coordinadores), *Régimen de las telecomunicaciones*. Tecnos. Madrid, 1998, págs. 74-88.

PARDO F., “Redes y Servicios para las telecomunicaciones” texto de la conferencia pronunciada en el curso de Verano de la Universidad de Castilla-La Mancha, “Régimen jurídico del mercado de las telecomunicaciones”, Cuenca, 7 al 9 de julio de 1997.

PASCUAL VICENTE, J., “Cooperación entre la Comisión y las Autoridades nacionales en materia de prácticas colusorias y abusivas” en *GJCE*, Boletín B-126.

PASQUA LIAÑO, M., "Artículos 9 y 10" en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coordinador) en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Aranzadi. Pamplona, 1999, págs. 271-309.

PAZ-ARES, C., "Artículo 1690", en *Comentario del Código Civil*, dirigido por PAZ-ARES, C., DIEZ-PICAZO, L., BERCOVITZ, R. y SALVADOR CODERCH, P., Ministerio de Justicia. Madrid, 1993, Tomo II,, págs. 1441-1443.

PÉREZ MARTÍNEZ, J. FEIJÓO GONZÁLEZ, C. y CASTEJÓN MARTÍN, L., *Notas del curso introducción a la ingeniería. Parte 1, Grupo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones*, Universidad Politécnica de Madrid.

PÉREZ MARTÍNEZ, J., CASTEJÓN MARTÍN, L. Y FEIJÓO, C., *Competencia y Regulación en los Mercados de las Telecomunicaciones, el Audiovisual e Internet*. Grupo de Regulación de las Telecomunicaciones (GRETEL) del Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicación. Madrid, 1998.

PÉREZ MARTÍNEZ, J., *Competencia y Regulación en los Mercados de las Telecomunicaciones, el Audiovisual e Internet*. Grupo de Regulación de las Telecomunicaciones (GRETEL) del Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicación. 2ª Edic., 2 Tomos. Madrid, 2000.

PEREZ-BUSTAMANTE KÖSTER, J., "La explotación abusiva de la situación de dependencia económica en la Ley de Defensa de la Competencia: examen crítico del nuevo precepto", *GJ*, núm. 205, enero/febrero 2000, págs. 33-40.

PETITBÓ JUAN, A. Y BERENGUER FUSTER, L., "La aplicación del Derecho de la competencia por órganos jurisdiccionales y administrativos" en *Anuario de la Competencia 1998*, Fundación ICO. Marcial Pons, págs. 26-70.

PIEPENBROCK, "Kommentar § 35 TKG" en BECK'SCHER, *Kommentar Telekommunikationsgesetz*. C.H.BECK'SCHE VERLAGBUGCHHANDLUNG. München, 1997, págs. 450-465.

PIEPENBROCK, "Kommentar § 36 TKG" en BECK'SCHER, *Kommentar Telekommunikationsgesetz*. C.H.BECK'SCHE VERLAGBUGCHHANDLUNG. München, 1997, pgs. 465-467.

PIEPENBROCK, "Kommentar § 3 NZV", en BECK'SCHER, *Kommentar Telekommunikationsgesetz*. C.H.BECK'SCHE VERLAGBUGCHHANDLUNG. München, 1997, págs. 490-492.

PIEPENBROCK, "Kommentar § 6 NZV, en BECK'SCHER, *Kommentar Telekommunikationsgesetz*. C.H.BECK'SCHE VERLAGBUGCHHANDLUNG. München, 1997 págs. 503-505.

POLO, A, "Comentarios a la STS de 27-2-1942", *RDP*, 1942, págs. 708 y ss.

REBOLLO PUIG, M., "Comentario al artículo 32 LGDCU" en en BERCOVITZ, R. Y SALAS, J., *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Civitas. Madrid, 1992, págs. 837-880.

REBOLLO PUIG, M., “Comentario al artículo 36 LGDCU”, en BERCOVITZ, R. Y SALAS, J., *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Civitas. Madrid, 1992, págs. 975-1011.

REGLERO CAMPOS, L.F., “Comentario al Artículo 9 LA” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, págs.119-137.

REGLERO CAMPOS, L.F., *El Arbitraje. El convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de diciembre de 1988*. Montecorvo. Madrid, 1991.

REMON PEÑALVER, J. Y BUITRAGO MONOTOR, A.: “La posición del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre la liberalización de las telecomunicaciones”, en CREMADES, *Derecho de las Telecomunicaciones*. La Ley- Ministerio de Fomento. Madrid, 1997, págs. 821-867.

RODRÍGUEZ ILLERA, R., “La regulación de la interconexión en los mercados de telecomunicaciones liberalizados” en CREMADES, J. Y MAYOR MENÉNDEZ, P., *La Liberalización de las Telecomunicaciones en un Mundo Global*. La Ley-Ministerio de Fomento. Madrid, 1999, págs. 235-251, concr. pág. 245 y 246.

ROJO, A., “Los contratos mercantiles contemporáneos” en *Cuadernos de Derecho y Comercio*. Monográfico 1998: Contratación Mercantil, págs. 12-23.

ROSA MORENO, J., *El arbitraje adminsitrativo*, McGraw-Hill, Madrid, 1998 y TRAYTER, J.M., “El arbitraje de Derecho Administrativo”, *RAP*, núm. 143 (1997), págs. 75-106.

ROSA MORENO, J., *El arbitraje adminsitrativo*, McGraw-Hill, Madrid, 1998; TRAYTER, J.M., “El arbitraje de Derecho Administrativo”, *RAP*, núm. 143 (1997), págs. 75 y ss. y PARADA VÁZQUEZ, J.R., *Derecho Administrativo, I. Parte general*, 10ª Edic. Marcial Pons. Madrid, 1998, págs. 578 y ss.

RUBIO TORRANO, E., “El sobreprecio en la compraventa de Viviendas de Protección Oficial”, *AC* 1993-I, págs. 1869-ss.

RÜTTER, P.M., “Interconnection Agreements in Großbritannien” en *Archiv für Post und Telekommunikation* núm. 4, 1993, pgs. 362-376.

SAINZ MORENO, “Ejercicio privado de funciones públicas”, *RAP*, núms. 100-102, 1983.

SALA ARQUER, “La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones” en ARNALDO ALCUBILLA, E. Y MONTEJO VELILLA, S., *Telecomunicaciones por Cable*. La Ley. Madrid, 2000, págs. 377-404.

SALA ARQUER, J.M., *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*. Civitas. Madrid, 2000.

SALGER, “Anlage Anh § 39” en BECK’SCHER, *Kommentar Telekommunikationsgesetz*. C.H.BECK’SCHER VERLAGBUCHHANDLUNG. München, 1997, pgs. 516-532.

SALVADOR, P., “El artículo 1090 del Código Civil”, *RJC*, Julio-Septiembre 1978, págs. 7-53.

SÁNCHEZ RAMOS, V.M., “Infovía y la sociedad de la información en España”, *BIT* núm. 98, mayo/junio 1996 en <http://www.iies.es/teleco/bit>.

SORIANO GARCÍA, J.E., *Derecho Público de la Competencia*. Marcial Pons. Madrid, 1998.

SORIANO GARCÍA, J.E., *Desregulación, Privatización y Derecho Administrativo*. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 1993.

TEROL GÓMEZ, R., *El Control Público de las Telecomunicaciones. Autoridades reguladoras*. Tirant lo blanch. Valencia, 2000.

TORRE CAVIA, M., “La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones” en CREMADES, J. (Coordinador), *Derecho de las Telecomunicaciones*, La Ley, Madrid, 1997, págs. 1109-1146.

TORRES LÓPEZ, M^a.A., *Las comunicaciones móviles y su régimen jurídico. Especial tratamiento de la telefonía móvil*. Civitas. Madrid, 1998.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, *Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios*. Madrid, 1994.

VÁZQUEZ LÉPINETTE, T., *La obligación de interconexión de redes de telecomunicación*. Cuatrecasas y Tirant lo blanch. Valencia, 1999.

VELASCO CABALLERO, F., *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*. Tecnos. Madrid, 1996.

VICIANO PASTOR, J., *Libre Competencia e Intervención Pública en la Economía*. Tirant lo blanch. Valencia, 1995.

VILLAR ROJAS, F.J., “El principio de separación entre el regulador y los gestores como garantía de la Libre competencia. La sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de enero de 2000, sobre el Estatuto de ‘Correos y Telégrafos’”, *REDETI*, núm. 9, nov. 2000, págs. 141-153.

WIEACKER, F., *El principio general de la buena fe*. Traducción de J.L. CANO. Prólogo de Díez-Picazo, J.L. Madrid, 1977. 2ª Reimpresión, 1986. Civitas.

ABREVIATURAS

ADC	Anuario de Derecho Civil
ADSL	Asymetric Digital Subscriber Line
ANR	Autoridades Nacionales de Reglamentación
Apdo.	Apartado
Art.	Artículo
BICE	Boletín de Información Comercial Española
Cap.	Capítulo
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CDGAE	Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos
CMT	Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones
CTLR	Computer and Telecommunications Law Review
Epgr.	Epígrafe
ET	Estatuto de los Trabajadores
FCC	<i>Federal Communications Commission</i>
GJ	Gaceta Jurídica
GJCE	Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia
ICAT	Infraestructuras comunes de acceso a los servicios de telecomunicaciones
LA	Ley de Arbitraje
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos
LCD	Ley de Competencia Desleal
LCGC	Ley de Condiciones Generales de la Contratación
LCS	Ley del Contrato de Seguro
LDC	Ley de Defensa de la Competencia
LGDCU	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.
LGT	Ley General de Telecomunicaciones
LLT	Ley de Liberalización de las Telecomunicaciones.
LOFAGE	Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración

	General del Estado
LOT	Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones
LRJAPC	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
MCT	Ministerio de Ciencia y Tecnología
MF	Ministerio de Fomento
MP	Ministerio de la Presidencia
NVZ	<i>Netzzugansverordnung</i> (Ordenanza alemana de interconexión).
OFTEL	<i>Office of Telecommunications</i>
OIR	Oferta de Interconexión de Referencia
OMCT	Orden del Ministerio de Ciencia y Tecnología
OMF	Orden del Ministerio de Fomento
ORA	Oferta de Red Abierta
RCMT	Reglamento de la CMT
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDP	Revista de Derecho Privado
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo
REDETI	Revista Española de Derecho de las Telecomunicaciones y de las Infraestructuras de Red
Res. CMT	Resolución de la CMT
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RIN	Reglamento de Interconexión y Numeración
RJC	Revista Jurídica de Cataluña
RRI	Reglamento de Régimen Interior de la CMT
RTSB	Reglamento del Servicio Telefónico Básico
RSU	Reglamento del Servicio Universal
SDC	Servicio de Defensa de la Competencia
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TDC	Tribunal de Defensa de la Competencia
TKG	<i>Telekommunikationsgesetz</i> de 25 de julio de 1996
TUE	Tratado de la Unión Europea

